UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2014 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LXII

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује Редакција

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта Редакције, која због њих не преузима одговорност

Издавач
Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор
Марина Давидовић

Технички уредник
Јован Ђорђевић

Дизајн корица
С. І. В.

Слог и прелом
ДОСИЈЕ
СТУДИО

Штампа
ДОСИЈЕ
СТУДИО

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2014 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LXII

Анали Правног факултета у Београду

Година LXII, бр. 2/2014, стр. 1–322

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

ПРИКАЗИ

ПОВОДИ

УДК 342.25(410); 342.53(410)

CERIF: S148

Др Ратко Марковић[*]

ДЕВОЛУЦИЈА У УЈЕДИЊЕНОМ КРАЉЕВСТВУ

Деволуција је преношење законодавне надлежности Вестминстерског парламента на парламенте историјских покрајина, својевремено уједињених с Енглеском у Уједињено Краљевство, које непосредно бира покрајинско становништво. Та делегација надлежности је асиметрична и опозива, али не дира у основне норме неписаног британског устава о суверености парламента. Покрајине не стичу деволуцијом изворну надлежност, него су оне ту надлежност добиле преношењем законодавне надлежности Вестминстерског парламента на њих. Ова надлежност се преноси посебним законом, тако да Вестминстерски парламент и даље задржава своју изворну надлежност и суверенитет. У погледу обима деволуционих овлашћења покрајинама, и организационог механизма за њихово вршење, постоји изразита асиметрија. За сваку покрајину постоји јединствен спој пренетих овлашћења и њихових вршилаца. Пре референдума за независност Шкотске у септембру 2014. године обећано је повећање деволуционих надлежности за све историјске покрајине (Шкотску, Велс и Северну Ирску), али и за саму Енглеску, што представља корак ка федерализацији УК. Деволуција, као и неке друге установе британског устава, носе на себи жиг „Made in Britain", који не дозвољава лако имитирање и преношење на друге земље и њихове уставе.

Кључне речи: *Деволуција. Територијална децентрализација. Самоуправа. Деконцентрација. Супрематија парламента.*

1. УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ И НАСТАНАК ДЕВОЛУЦИЈЕ

У Уједињеном Краљевству (УК) су лабуристи, после победе на парламентарним изборима 1997 (на којима су учествовали као „Нови лабуристи", под крилатицом „Нови лабуристи за нову Британију"), чиме су окончали готово дводеценијску владавину конзервативаца,

[*] Аутор је редовни професор у пензији Правног факултета Универзитета у Београду.

отпочели спровођење свог изборног обећања – деволуцију власти у држави. У свој изборни манифест лабуристи су записали: „Наш предлог је деволуција, не федерација. Суверени Вестминстерски парламент ће пренети власт на Шкотску и Велс. Унија ће бити ојачана, а претња сепаратизма отклоњена." Успостављање „мира и поретка" у Северној Ирској била је једна од тачака тог програма, а „мир и поредак" у тој покрајини повезују се с одговарајућим обликом аутономије за њу.[1] Иначе, програм уставних реформи лабуриста био је замашан. Поред деволуције, обухватао је још и реформу Дома лордова у две фазе, образовање Врховног суда и укидање надлежности Дома лордова у области судства, чак и, за Енглезе јеретичку, замисао о писаном, кодификованом уставу.[2] Ипак, деволуција се сматра кључним елементом (*key element*) новог британског устава успостављеног током тринаестогодишње владавине лабуриста.[3] Сврха деволуције је укључивање у вршење државне власти историјских неенглеских покрајина – Шкотске, Велса и Северне Ирске, које су, заједно с Енглеском, створиле данашње УК. Тиме се признаје њихов национални и историјски идентитет и потврђује да УК није проширена Енглеска.

По страни процеса деволуције остаје Енглеска, која није деволуциона јединица. Енглеска је нуклеус УК, које је и настало уједињењем свих тих покрајина с Енглеском. Недопустиво је, стога, да се Енглеска, будући „срце Велике Британије", посредством деволуције, изједначава с једном од покрајина. Да се деволуција протегне и на Енглеску, па да и она добије свој покрајински парламент с примарном законодавном надлежношћу (што је суштина деволуције) и своју егзекутиву, било би сувише радикално и за земље и народе који од историје и традиције не праве фетише, као што то чине Енглези. Уз то, несразмера између покрајина постала би тиме и квантитативно недопустива, премда се деволуција у УК врши по мери сваке покрајине понаособ. Отуда, за сваку од њих важи друкчији законски изглед деволуције, што њој даје асиметрични карактер. Енглеска је била не само стожер око којег се стварало УК, него на њеној територији живи 85% становника УК. Проширивање деволуције и на Енглеску водило би федерализацији УК. УК би постало федерација, у којој би Енглеска, због своје величине, била доминантна и тиме

[1] H. Bernett, *Constitutional and Administrative Law*, London, 2000, стр. 460.

[2] E. Hejvud, *Politika* (preveo s engleskog Jovan Jovanović), Beograd, 2004, стр. 548. Вид. В. Петров, *Енглески устав*, Београд, 2007, стр. 231 236.

[3] V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, 2009, стр. 89. Богданор сматра да „деволуција није само институционална и организациона промена", већ „врло радикална уставна реформа, којом се ствара дотле непознат облик владавине у Уједињеном Краљевству, осим искуства са Северном Ирском између 1921 1975". V. Bogdanor, *op. cit.*, стр. 95.

постала супарник Вестминстеру (изборна јединица у којој се налази Парламент УК). У свету нема федерације у којој би једна федерална јединица обухватала више од 80% становника федералне државе (најближи пример била би Канада, у којој 35% становника живи у провинцији Онтарио, али је и тај проценат сувише далеко од 80%).

Формално посматрано, Енглеска је деволуцијом двоструко ускраћена: за сопствени, енглески парламент, и због учешћа посланика изабраних у неенглеским покрајинама у доношењу закона у Вестминстерском парламенту који ће важити само на територији Енглеске. При том, све те покрајине имају своје парламенте у којима седе посланици изабрани у покрајинама, који доносе законе за покрајину. Било је досад неколико предлога за решавање овог уставног питања (познатог под именом *West Lothian Question*, тако названог према лабуристичком посланику који је представљао изборну јединицу *West Lothian* који га је поставио у Вестминстерском парламенту), означеног као „уставна аномалија". Од формирања енглеског парламента, преко регионализације Енглеске, до формирања Великог одбора Енглеске у оквиру Вестминистерског парламента (*English Grand Committee*, чији би састав одговарао снази политичких странака у Енглеској, а који би доносио законе који би важили за Енглеску, с тим што Доњи дом не би користио своје право да те законе не прихвати, односно не потврди) и до спровођења слогана „енглески гласови за енглеске законе", као начина гласања у Вестминстерском парламенту. У основи сви ти предлози своде се на постојање посебног, енглеског парламента, који би био законодавац за Енглеску. Само што су једни за његово директно формирање, док су други за његово увођење „на мала врата", у оквиру Вестминстерског парламента. У сваком случају, питање положаја Енглеске могло би, по речима некадашњег државног секретара за Шкотску, Мајкла Форсита (*Michael Forsuth*), постати „бермудски троугао" деволуције.[4] Формирањем енглеског парламента, Вестминстерски парламент, који је као прва творевина конституционализма у свету историјски понос Енглеза и Енглеске, тиме би се везивао, неминовно, не за Енглеску него за УК, које у време његовог настанка није чак ни постојало као држава. Творци деволуције су, уз то, имали на уму да би се симетричном поделом УК на покрајине створила подлога за федерализацију државе, која је, светско искуство је то у неколико махова потврдило, опасност за опстанак државне целине када је извршена на етничкој основи.

Појмом деволуције обухвата се преношење дела законодавне надлежности с државног парламента на покрајинске парламенте, а да се при том не дира у уставну догму, која је израз британског схватања устава у материјалном смислу, о суверености Вестминстер-

4 Наведено у: V. Bogdanor, *op. cit.*, стр. 98.

ског парламента (под „сувереношћу Парламента“ подразумева се правни принцип да круна у Парламенту може донети закон који и какав јој се прохте). Добар познавалац процеса деволуције у УК, Вернон Богданор (*Vernon Bogdanor*), уопштено дефинише деволуцију, не везујући је за територијалну јединицу (територијални ниво) на коју се власт преноси, као „трансфер власти вишег ка нижем политичком субјекту“.[5] Дакле, реч је о преношењу власти с било којег вишег на било који нижи ниво, што је врло уопштено. Касније ће он ову „дефиницију“ нешто конкретизовати, рекавши да је деволуција „трансфер власти с министара и Парламента на изборна субординирана тела“.[6] Дефиниција деволуције као „делегација централне власти без одрицања од суприматије централног законодавства“ уводи у тај појам још један састојак – супрематију делегатора у области делегиране надлежности.[7] Према садржини делегиране власти, деволуција може бити законодавна (делегира се власт доношења закона) или административна (делегира се извршна власт), или обе уједно. Но, деволуција не доводи у питање унитарно државно уређење УК, нити пуноћу законодавне власти њеног Парламента на читавој територији или на делу територије УК, као ни његово право да укине или да измени „деволуционе аранжмане“. Ипак, деволуцију треба разликовати од деконцентрације,[8] јер ова постоји кад овлашћења централне власти на одређеним подручјима државне територије врше не на тој територији изабрани, него за ту територију деташирани функционери централне власти. Деволуцију институционално изражава парламент (скупштина) покрајине (Шкотске, Велса, Северне Ирске), који је њено законодавно тело. Он доноси деволуционе законе (примарног или секундарног карактера или и једног и другог) у границама своје деволуционе надлежности, чије је просторно важење сведено на територију покрајине. Њен институционални израз су још и посебни извршни органи, које од почетка деволуције имају Шкотска и Северна Ирска, док је Велс свој извршни орган добио касније, другим законом о својој деволуцији.

Да би се очувала уставна догма о суверености Вестминстерског парламента, који је у УК стално заседајућа уставотворна власт

---

5 V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, 1999, стр. 89.

6 V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, 2009, стр. 89. Слобо дан Јовановић је двадесетих година прошлог века писао о аутономији на основу деволуције, „тј. на основу преношења једног дела законодавне власти са државног парламента на обласне парламенте“. С. Јовановић, *Уставно право*, Београд, 1924, стр. 38; *Политичке и правне расправе* II, Београд, 1932, стр. 357.

7 O. Hood Philips and Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, London, 2001, стр. 83.

8 У књизи O. Hood Philips and Jackson, погрешно се употребљава реч „децентрализација“. *Ibid.*

(за разлику од земаља с формалним уставом, у којима је парламент потчињен уставу, јер је у њима правно суверен устав, а не парламент), законом о деволуцији одређене покрајине (пошто УК нема устав у формалном смислу) није унапред извршена трајна подела законодавне надлежности по материји између државе и њених историјских покрајина (премда се о законодавној надлежности у пуном смислу речи може говорити само у случају деволуције у Шкотској). Ту је и даље реч о законодавној надлежности државе, Вестминстерског парламента, коју је овај, не лишавајући се ње трајно, законом пренео на покрајински парламент, с тим да је може повратити, тј. поново је преузети и вршити је. У Закону о Шкотској од 1998. изричито се и каже да се њиме „не дира у право Парламента Уједињеног Краљевства да доноси законе за Шкотску". Одговарајућа одредба постоји и у Закону о Северној Ирској од 1998. и у оба Закона о управљању Велсом (1998. и 2006). Додуше, од 1999. постоји неписано правило, тзв. Сивелова (*Sewel*) конвенције да Вестминстерски парламент, бар кад је у питању деволуциона законодавна надлежност Шкотске, тражи за тако нешто изричиту сагласност Шкотског парламента.[9] Тако је Вестминстерски парламент, у ствари, *давалац пуномоћја* представништвима народа у три покрајине за вршење у *пуномоћју* (закону о деволуцији) назначених овлашћења. Ти органи су његови *опуномоћеници*, они врше поверена им овлашћења уместо Вестминстерског парламента. Они су *заступници* Вестминстерског парламента.

Ово је, уједно, и прва посебност деволуције – њен господар остаје све време Вестминстерски парламент, који је пренео своју надлежност на покрајински парламент. Он и даље остаје суверен, врховни ауторитет у свим законодавним материјама, укључив и оне које су пренесене на покрајински парламент, пошто пренесену надлежност може опозвати и деволуциони закон укинути. Он и даље може, ако нађе за потребно, доносити законе из деволуционе надлежности покрајинског парламента, који увек имају већу правну снагу од деволуционих закона. Према томе, код деволуције није реч о подели између државе и територијалних деволуционих јединица, него је реч о преношењу надлежности с државе (конкретно с државног парламента, који је оличење државне суверености) на органе територијалних деволуционих јединица. Да би пренесену надлежност поново преузео, Парламент не мора мењати закон којим је она пренесена, јер такву могућност поновног преузимања пренесене надлежности подразумева закон о деволуцији. У томе је разлика између федерације и деволуције. Деволуционе јединице нису феде-

[9] И на основу Закона о управљању Северном Ирском од 1920, премда је и тада крајњу законодавну власт у земљи имао Вестминстерски парламент, настала је уставна конвенција, по којој се он не може мешати у области за које је законом био надлежан Парламент Ирске. O. Hood Philips and Jackson, *op. cit.*, стр. 84.

ралне јединице, јер оне ни на који начин не учествују у формирању своје надлежности. Оне чак немају ни пуну слободу у формирању садржине надлежности која им је пренесена. Међу пренесеним властима, поготово, нема свих оних које има федерална јединица која је једна несуверена држава у сувереној федерацији. У федерацији оба субјекта (и федерација и федералне јединице) уживају најјачу правну заштиту надлежности која им је уставом додељена, док деволуцијом добијена власт остаје подређена власти која је пренела своју надлежност и може је, у начелу, у свако доба повратити. Федерални устав, а то значи и подала надлежности коју је извршио, не може се мењати једностраном вољом федерације, нити вољом једне или више, па чак ни свих федералних јединица. Ипак, тешко би се могло тврдити да Вестминстерски парламент и даље има суверено право, у смислу стварне власти, да укине деволуциони парламент који је успостављен после народног гласања. У том смислу изјашњава се и Богданор, рекавши како „не би било лако укинути Шкотски парламент без одобрења шкотских грађана, израженог у референдуму“.[10]

Друга посебност деволуције јесте у томе што она није једнообразни модел децентрализације у земљи. Деволуционе јединице имају различит деволуциони положај, јер се и позадина (*beckground*) деволуције у свакој од њих разликује. Врста и обим пренесених надлежности нису једнаки за све покрајине, као што им ни одговарајућим закон прописана организација није иста. Садржину деволуције у свакој од покрајина обликују многе чињенице: Начин уједињења покрајине с Енглеском, националне, историјске и верске особености, особености правног система покрајине. Како су то све чиниоци међу собом различити од једне до друге покрајине, деволуција није извршена у једном општеважећем закону за све покрајине, него у посебном закону за сваку покрајину (Закон о Шкотској, Закон о Северној Ирској и Закон о управљању Велсом, сваки понаособ донесен 1998). Између та три закона више је разлика него сличности.[11] У сваком од њих је наведено које се надлежности преносе на покрајину и утврђени су организација, конституисање и начин рада покрајинских органа који ће их вршити. У тим законима је сва регулатива о деволуцији, сваки од њих је за односну покрајину највиши правни акт, после чијег доношења покрајина нема право на доношење неких својих највиших правних аката, типа статута или сл.[12] Све то треба да значи

[10] V. Bodanor, *op. cit.*, стр. 113.

[11] A. W. Bradley, E. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, London, 2003, стр. 42. Због тога се УК одређује као „асиметрична регионална држава“, G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Vol. I, Padova, 2011, стр. 451.

[12] Ти закони сматрају се „писаним уставом у форми закона од 1998“. A. W. Bradley, E. D. Ewing, *op. cit.*, стр. 47. Исто мишљење има и M. Ryan, *Unlocking Con stitutional and Administrative Law,* London, 2010, стр. 309.

да, у смислу деволуције, покрајина није никаква креирајућа, него да је креирана установа.

Уз то, деволуција се не односи на Енглеску, што појачава асиметричност деволуције. Тиме се, неминовно, повређује начело једнакости грађана у УК. Најважнији израз те повреде је право посланика из неенглеских делова УК да гласају о питањима која се тичу Енглеске, док енглески посланици не могу гласати о питањима која се тичу Шкотске или Северне Ирске или секундарног законодавства Велса. О тим питањима не одлучује се на Вестминстеру, него у Единбургу, Кардифу и Белфасту. Ипак, ова неједнакост није разлог да због ње Енглези „ударају у добош и дувају у рог“. Од 646 посланика Доњег дома, њих 528 су из енглеских изборних јединица. Због тога су Енглези прихватили деволуцију за Шкотску, Велс и Северну Ирску, а нису је тражили и за себе. Енглеска, за сада, једноставно нема потребе да потврђује сопствени идентитет својим деволуционим институцијама. Отуда се и *West Lothian Question* често погрешно разуме. Истрајавање на њему могло би да води земљу у велику опасност. Кад би Енглези тражили да изразе своје енглество у потпуности, они би као преовлађујућа нација у УК угрозили јединство земље. Богданор због тога упозорава да је више вероватно да ће УК опстати ако се њени грађани буду бавили суштинским питањима политике, а да при том забораве на „логичке заврзламе“ (*logical conundrums*) које садржи деволуција. Уосталом, „сувише самосвести – закључује Богданор – подједнако је лоше за нацију као и за појединца“.[13] Овде се још једном потврдила тачност Дизраелијевог (*Disraeli*) мишљења да Енглеском не влада логика, него Парламент.

Тако, четири саставна дела УК имају четири различита система управљања. Те разлике могу се бранити тиме што су различити системи управљања последица различитих услова у сваком од четири дела. Модел деволуције Шкотске у односу на Велс може се бранити особеним правним системом Шкотске, који постоји још од уједињења Шкотске с Енглеском 1707. и жељом Шкотске да њена аутономија добијена деволуцијом буде што већа. За Северну Ирску потребна су, опет, посебна решења, јер би мајоризација унионистичке (протестантске) већине у њој била неприхватљива за мањинске националисте (римокатолике). Енглеска је, због већ наведених разлога, остала по страни деволуције. Уз сва ова разумна оправдања, тешко је не сложити се с некадашњим конзервативним министром Дагласом Хердом (*Douglas Hurd*) да је деволуција у УК довела до „система запањујућег метежа ... Краљевине од четири дела, од три државна секретара, од две скупштине и једног Парламента, различитог састава и различитих овлашћења“.[14]

[13] V. Bogdanor, *op. cit.,* стр. 107 108.

[14] V. Bogdanor, *op. cit.,* стр. 93 94.

Главни учесници у деволуцији, с изразито различитим улогама, су: 1) Вестминстерски парламент, који од своје законодавне надлежности формира деволуциону надлежност и прописује врсту, састав и избор деволуционих институција; 2) деволуционе институције, које на непосредан или посредан начин бирају грађани покрајине, како је већ одређено у закону о деволуцији; 3) државни секретар за респективну покрајину, који је члан Владе УК, 4) Врховни суд који, у ситуацијама предвиђеним законом о деволуцији, коначно одлучује о правној ваљаности аката (примарног и секундарног законодавства) донесених на основу деволуције, вршећи на тај начин функцију својеврсног уставног суда. У закону о деволуцији деволуциона надлежност одређује се као законодавна (примарна или секундарна или обе) коју има, коју може да има и коју не може да има покрајина. Деволуционе институције су представништво грађана покрајине (парламент, скупштина) и извршни орган (избегава се употреба израза „владе"). Државни секретар за покрајину представља Владу УК у покрајини и покрајину у Влади УК, с тим што су обе ове његове функције изражене одговарајућим овлашћењима. Врховни суд је новообразована (Законом о уставној реформи од 2005) највиша судска инстанца у УК, која је у питањима оцене правне ваљаности деволуционих аката преузела надлежност (отпочео с радом октобра 2000) коју је дотад имао Судски комитет Тајног савета. И он је, као и деволуција, тековина уставне реформе коју су спровели лабуристи (1997–2010).

Деволуција се не може доводити у везу с територијалном аутономијом, каква постоји у појединим земљама европског континенталног права. Покрајине у УК обухваћене деволуцијом не добијају њоме своју, изворну законодавну надлежност, што је суштински састојак појма територијалне аутономије. На њихове парламенте преноси се туђа законодавна надлежност, јер онај ко ју је пренео може формално себи ту исту надлежност узети натраг. То је туђа, позајмљена, а не сопствена законодавна надлежност. Вестминстерски парламент и по преношењу надлежности остаје њен прави власник, јер он може не само променити деволуционе законе својим законима, што правно значи и укинути их, него и вратити себи у надлежност законодавне материје које је пренео на вршење покрајинском парламенту. Исто тако, Вестминстерски парламент може распустити деволуционе институције, што је већ учинио 1972, када је распустио парламент Северне Ирске (у то време једина покрајина у УК која је имала аутономију добијену деволуцијом). У Северној Ирској деволуцине институције биле су суспендоване и у периоду 2002–2007. Тој опасности, суспендовања деволуционих институција и завођења непосредне британске управе, Северна Ирска је, због верских напетости у њој, и даље изложена.

Да држава деволуциону надлежност покрајина и даље сматра својом надлежношћу види се и по томе што она њу дотира из државног буџета. У том смислу, начин финансирања све три покрајине остао је у основи исти као пре деволуције. Покрајине подижу финансијска средства једном годишње, а сума се још од 1970. израчунава по тзв. Барнетовој формули (*Barnett Formula*). То значи да се деволуциона надлежност не финансира из изворних прихода покрајине, јер они, с делимичним изузетком Шкотске, и не постоје. На тај начин, деволуцијом се не дира у унитарни карактер државног уређења УК, него се лабављењем централизма и признавањем историјског идентитета покрајинама, учвршћује и продубљује везивање покрајина за државу и осигурава квалитетније државно јединство. Деволуција, мишљење је већине британских аутора, обезбеђује веће и природније јединство – национално, верски и културно уобличених делова у држави – од централизма, којим се постиже често вештачко и привидно јединство. Објективно и разумно одмерена, она је пре брана од сепаратизма него што је подстицај сепаратизму. Али, постоје и друкчија мишљења, према којима у мери у којој деволуциони парламенти постају предмет политичке и патриотске оданости, може доћи до слабљења крхког осећаја „британства“, на којем се заснива територијално јединство УК.

2. ИСТОРИЈСКА ПОЗАДИНА

Подстицај деволуцији долази од начина настанка УК. Та држава, како јој и име говори, настала је уједињавањем, које је трајало скоро три века, других држава или политичких целина налик државама с Краљевином Енглеском. Уједињењем Енглеске с Велсом (1536) и Шкотском (1707) уједињена држава простирала се на целом острву Велика Британија, што је био разлог да се краљевина тако и назове. Припајањем државе Ирске, која се налазила на суседном острву, Енглеској (1801) држава је постала краљевина која се простирала на два острва у Атлантском океану и у Северном мору, раздвојена Ирским морем. Створена је конститутивна целина која је себе назвала УК.

Уједињење Ирске с Енглеском, за разлику од уједињења Велса и нарочито Шкотске с Енглеском[15] било је, на неки начин, октроисано од стране Енглеске. У припреми Закона о уједињењу с Ирском нису учествовале обе стране, него је акт о уједињењу који је припремила

[15] Мада је уједињењем с Енглеском Шкотски парламент био укинут, Шкот ска је и по уједињењу задржала аутономију цркве, посебан правни систем заснован на римском праву и системом локалне самоуправе, аутономију судске власти, која се изражавала у посебном систему судова, и сопствени систем образовања.

британска Влада прослеђен Парламенту Ирске на усвајање. Због таквог начина, први предлог закона био је одбијен у Парламенту Ирске, да би после њега уследио предлог закона који је Парламент Ирске 1800. прихватио. Доношењем Закона о уједињењу, укинут је Парламент Ирске, како се не би довела у питање суприматија Вестминстерског парламента. Уз то, Ирска је била оштром линијом верски подељена земља. Због свега тога, последња покрајина која је образовала УК била је прва која је покренула питање своје самоуправе (*Irish Home Rule*). Штавише, оно што се данас назива „деволуција“ звало се до 1920. „самоуправа“ (*Home Rule*).[16] Ирску самоуправу је један од ирских националних вођа, Џон Редмонд (*John Redmond*) одредио као „неку врсту средњег решења између сепаратизма, с једне, и претеране британске, тј. енглеске централизације, с друге стране“. То је суштина „ирског питања“, које је све до пројекта деволуције УК било покретач свих пројеката децентрализације УК. Иначе, обрисе ирске самоуправе поставио је Гледстон (*Gledstone*) крајем XX века, у својим бројним нацртима закона о ирској самоуправи. Ударна тачка у њима био је „засебан парламент и засебна влада за чисто ирске ствари“.[17] Од „ирског питања“, питање територијалне децентрализације читавог УК постало је државно, тј. уставно питање, које је током владавине лабуриста седамдесетих година XX века било покретано, да би се његово решавање, на основама концепције о деволуцији, заокружило доласком на власт „Нових лабуриста“ 1997.

За ту касније изведену деволуцију показало се да је од пресудног значаја био начин на који се односна покрајина ујединила с Енглеском – с Велсом, једноставном анексијом, са Шкотском, уговором, с Ирском (Северном Ирском од 1922), законом који су донели парламенти Велике Британије и Ирске.

Покрајине уједињене с Енглеском у УК нису, упркос централистичком уређењу те државе, могле бити претопљене у једну нацију. Оне су, напротив, остале национално самосвесне, с тим што се у свакој од њих тај национализам различито исказивао. У њима су се јавили национални покрети који су имали јака упоришта у националној, верској, језичкој, историјској посебности сваке од покрајина, па су, отуда, и њихови захтеви били различити. За поједине земље у свету само једна врста тих посебности била је довољна да постану федерације.

Тако је шкотски национални покрет тежио већој равноправности Шкотске с Енглеском, а не, као ирски, одвајању од Енглеске. Садржински посматрано, његов главни захтев био је образовање Шкотског парламента у оквиру УК, а не независност Шкотске од УК.

16 V. Bogdanor, *op.cit.,* стр. 89.

17 Сл. Јовановић, *Гледстон*, Београд, 1938, стр. 131.

С друге стране, велшки национализам није се, као шкотски, сводио на обнављање аутентичних институција Шкотске из времена њене независности, пре свега парламента, него је тежио очувању националне културе и националног начина живота, заснованих на велшком језику. Код ирских националиста, већ средином XIX века, настала је свест о томе да се ирско питање може трајно решити једино насилним одвајањем Ирске од Енглеске (формално Велике Британије) и стварањем независне државе Ирске. С тим циљем у Ирској су била подигнута два устанка, један 1848, други 1867. Оба су била убрзо угушена. Сама чињеница да је до њих дошло, допринела је уверењу Лондона да је сазрело време за корените реформе положаја Ирске. Израз таквог уверења био је покушај Гледстонове[18] либералне Владе да 1886. донесе Закон о самоуправи Ирске (*Irish Government Bill*). Покушај није успео, јер тај закон није био усвојен у Вестминстерском парламенту. Ни други Гледстонов покушај доношења Закона о самоуправи Ирске (*Home Rule Bill*) од 1893. није добио подршку у Вестминстерском парламенту. Док први није био усвојен у Доњем дому, други од 1893. није био усвојен у Дому лордова. Трећи предлог Закона о самоуправи Ирске био је поднесен 1912. и био је усвојен у Доњем дому, али је два пута био одбијен у Дому лордова, што је, према *Parliament Act-u* од 1911, био разлог да се као закон усвојен у Парламенту достави 1914. монарху на сагласност (по уставној реформи од 1911, Дом лордова је могао само успоравати, а не коначно одбити закон који је усвојио Доњи дом). Први светски рат и противљење алстерских протестаната (на северу Ирске) учинили су да овај закон никада не ступи на снагу. После Првог светског рата, догађаји у вези с аутономијом Ирске узели су друкчији правац. Најпре су „Ускршњим устанком" од 1916. у Даблину ирски католици ставили до знања да се не задовољавају више самоуправом Ирске у оквиру УК него хоће независну Ирску Републику, да би 1919. ирска националистичка странка Шин Фејн (*Sinn Fein*, ирски „ми сами") прогласила независну Републику Ирску. Англо-ирским мировним уговором од 1922. била је призната Слободна Држава Ирска са статусом британског доминиона (да би 1937. Уставом променила име у *Eire,* а 1949. постала суверена независна држава изван Комонвелта), док су шест округа на северу Ирске (*Ulster*) искључени из састава Слободне Државе Ирске и задржани у саставу УК. На том делу територије УК (Северна Ирска) примењивао се Закон о аутономији Ирске усвојен пред Први светски рат и дограђен четвртим Законом о аутономији Ирске (*Forth Home Rule Bill*) од 1920, који је 1972. прво био суспендован, а потом укинут. Првобитна замисао била је да се тај закон има примењивати на целом острву Ирска, али се, после стварања независне државе Ирске, у стварности, његова примена

[18] Гледстон је био први који је за Ирску предложио самоуправу.

свела само на северни део острва који је остао у саставу УК. Тако је на једном острву успостављено двовлашће.

Аутономију је добио део острва настањен већином протестантима, који аутономију нису ни тражили, чак су јој се и супротстављали. Та аутономија обухватала је дводомни Парламент Северне Ирске (Сенат и Доњи дом), кабинет с првим министром на челу и аутономни систем судова, изведен све до највиших (у парницама и кривицама), док је британског монарха заступао гувернер. За њено функционисање пред државом био је одговоран секретар за Северну Ирску. Северна Ирска није имала финансијску аутономију – аутономна надлежност финансирала се из државне касе. Аутономна надлежност била је, у ствари, пренесена законодавна надлежност Вестминстерског парламента, с тим што је овај обављао надзор над аутономним законодавством.[19] Због сукоба полиције и екстремних католичких група, парламент Северне Ирске био је 1972. најпре суспендован, а потом и укинут, завођењем непосредне британске управе. Покушаји васпостављања аутономије (деволуције) у Северној Ирској били су учињени у два наврата (1973. и 1982) после завођења непосредне британске управе. Штавише, англо-ирским споразумом од 1985. и Даунинг стрит (*Downing Street*) декларацијом од 1993. зајемчује се Северној Ирској ограничено право на самоопредељење,[20] тиме што се предвиђа да се њен положај не може променити без пристанка већине грађана и да се британска Влада не би супротстављала ако би већинском одлуком био изгласан одлазак Северне Ирске из УК и њено уједињење с Републиком Ирском. Богданор сматра да је тиме Северној Ирској дато пуно и изричито право на самоопредељење.[21]

„Ирски проблем"[22] показао је који је главни проблем ирске аутономије и касније деволуције УК. Тај проблем је, због британских уставних аксиома, практично једнак проблему квадратуре круга. У њему је требало помирити две непомирљиве ствари – постојање аутономног (деволуционог) парламента с „пранормом" британског устава о суприматији, правној неспутаности Вестминстерског парламента, из које се изводи читаво уставно устројство УК.

[19] О аутономији Северне Ирске у периоду 1921 1972. на српском језику вид. Р. Марковић, „Политичко територијална аутономија у Европи", *Анали Правног фа култета у Београду*, 1/1985, стр. 36 37.

[20] М. Петровић, „Суштина региона с нарочитим осврτом на најновије видове регионализације: Шкотске, Велса и Северне Ирске у Уједињеном Краљевству Ве лике Британије и Северне Ирске", *Локална самоуправа*, 15/2007 (прештампано из броја 11/2003), стр. 240.

[21] V. Bodanor, *op. cit.*, стр. 116.

[22] О датумима који су обележили „ирски проблем" вид. M. Curtis (gen. ed.), *Introduction to Comparative Government*, New York, 2006, стр. 54.

3. ПРАВНА ОСНОВА ДЕВОЛУЦИЈЕ

У УК разликује се не само садржина деволуције по покрајинама, него су различити и путеви којима се до те садржине, тј. до деволуције дошло. Док је у Северној Ирској деволуција после 1972. текла паралелно с мировним процесом између сукобљених верских заједница (протестаната и католика), у Шкотској и Велсу о деволуцији су одлучивали грађани у две покрајина непосредно. Основ деволуције у Северној Ирској био је Мировни споразум од 1998. (*Good Friday Agreement*), потврђен на референдуму њених грађана, а основ деволуције у Шкотској и Велсу била је референдумска одлука о деволуционом закону за сваку од две покрајине.

У Шкотској и Велсу референдуми су били одржани септембра 1997. На референдуму у Шкотској била су постављена два питања: „Да ли се слажете с образовањем Шкотског парламента?“ и „Да ли Шкотски парламент треба да има надлежност одређивања и прикупљања државних прихода?“. Одговор бирача на оба питања био је позитиван, с тим што је већи број бирача потврдно одговорио на прво него на друго питање. Референдум у Велсу састојао се од изјашњавања бирача о једном референдумском питању: „Да ли прихватате образовање Скупштине Велса?“. С танком већином од свега 50,3% бирача одговор на ово референдумско питање био је позитиван. Референдумске одлуке спровео је Вестминстерски парламент, доневши 1998, два различита закона, Закон о Шкотској и Закон о управљању Велсом. Деволуцију у двема покрајинама законодавно су обликовали лабуристи, којима је то омогућавала комотна парламентарна већина, освојена на парламентарним изборим од 1997.

На основу Закона о Шкотској, ова историјска покрајина је први пут после готово 300 година добила 30. јуна 1999. свој једнодомни парламент, који доноси законе (по законској терминологији, „примарно“ и с њим у вези „секундарно“ законодавство) у областима наведеним у Закону (*devolved matters*), с тим што су у Закону наведене и области које су резервисане за државне законе (*reserved matters*). Супротно законима државе, шкотски закони, уколико су донесени изван области пренесених у надлежност Шкотском парламенту, могу бити проглашени неважећим. То значи да се преношењем законодавне надлежности у одређеним областима на Шкотски парламент није угасило право Вестминстерског парламента да својим законима, који имају већу правну снагу од шкотских, уређује те исте области.

Закони усвојени у Шкотском парламенту морају, као и закони усвојени у Вестминстерском парламенту, имати пристанак (*Royal assent*) монарха, како би могли ступити на снагу. Пре него што добију такав пристанак (монархова законодавна санкција), главни тужилац

за Шкотску (*Advocate General for Scotland*) и један од два висока правна званичника УК (*Lord Advocate* или *Attorney General*) могу се обратити новообразованом Врховном суду захтевом да испита да ли се усвојени закон креће у оквирима законодавне надлежности Шкотског парламента. Ако Врховни суд утврди да је усвојени закон ван тих оквира, председник Шкотског парламента (*Presiding Officer*) га не може доставити монарху на сагласност. Државни секретар за Шкотску овлашћен је да забрани председнику Шкотског парламента да усвојени закон пошаље монарху на сагласност ако има разумне основе (*ressonable grounds*) да поверује да је он у супротности с међународним обавезама или с интересима одбране или националне безбедности или да би могао имати штетне последице по законе државе. Право државног секретара да спречи да усвојени закон то и постане много је јаче од истог права које имају наведени високи правни функционери. Ту одлуку као своје дискреционо овлашћење доноси он сам, а не Врховни суд, а основи за њу су растегљивији од основа које с истим циљем предузимају високи правни функционери који су само покретачи поступка. Кад је предлог закона усвојен у Шкотском парламенту (*Bill*) добио пристанак монарха, он постаје шкотски закон (*Act of the Scottisch Parliament*). Међутим, и шкотски закони, могу престати да важе ако настане *деволуциони спор* (*devolution issue*). Тај спор настаје у поступку пред судом или трибуналом, а у њему се оспорава ваљаност шкотског закона или акта извршне власти због тога што су донесени ван оквира деволуционе надлежности (*ultra vires*) или што се поставља питање њихове сагласности с Европском конвенцијом о људским правима. У таквим случајевима шкотски нижи суд (или трибунал) обраћа се највишем грађанском (*Court of Session*) или највишем кривичном суду (*High Court of Judiciars*) у Шкотској, у зависности од тога да ли је спор настао у предметима парнице или кривице, а коначну одлуку у спору доноси Врховни суд.

Шкотску извршну власт сачињавају први министар (*First Minister*, за разлику од првог министра у Влади УК, који је *Prime Minister*), министри и правни великодостојници (*law officers*), какви су правни саветник (*Lord Advocate*) и јавни тужилац (*Solicitor General*) за Шкотску. Првог министра поставља монарх на предлог Шкотског парламента, а министре монарх на предлог првог министра који мора претходно одобрити Шкотски парламент. Овим механизмом спроводи се начело одговорности Егзекутиве Парламенту. Први министар и министри морају бити чланови Шкотског парламента, док два правна великодостојника то могу, али не морају бити. Шкотска егзекутива је одговорна Шкотском парламенту, који јој у свако доба може изгласати неповерење. Ипак се на Шкотску егзекутиву не може на исти начин као у односу на кабинетску Владу УК

примењивати уставна конвенција о колективној одговорности Парламенту, нити Шкотска егзекутива има суштинска обележја Владе УК, каква су „једногласност, поверљивост и поверење законодавног тела“.[23] Значајна овлашћења егзекутиве у Шкотској припадају још увек монарху („суверену“) – да именује и разрешава министре, да распушта Парламент и расписује опште изборе и да даје сагласност на законе усвојене у Шкотском парламенту.[24] Шкотска егзекутива је 2007. себе преименовала у „Шкотску владу“.

Мада је деволуција требало да „заувек заустави снове о независности“, у случају Шкотске то се није догодило. На основу споразума од 35 тачака („Единбуршки споразум“), постигнутог средином октобра 2012. између британске и шкотске владе, потписаног од стране њихових премијера, о спровођењу (у року од сто недеља) референдума у Шкотској с референдумским питањем „Да ли Шкотска треба да буде независна земља“ у Шкотској је 18. септембра 2014. одржано референдумско гласање. Од 5,5 милиона грађана Шкотске, њих 4,3 милиона имало је бирачко право. То право имали су сви грађани с пребивалиштем у Шкотској, без обзира на њихову етничку припадност. На гласање је изишло 84,6%, што је неуобичајено велика излазност. Неуобичајено је још и то што је старосна граница за уживање бирачког права спуштена са 18 година у Великој Британији на 16 година. За независност шкотске гласало је 45,7% (1.617.989), а против 55,3% (2.001.926).

Право Шкотске да референдумом одлучи о својој независности, и тако изврши „плишано“ отцепљење од УК, изведено је из Закона о уједињењу са Шкотском од 1707, којим је „великом мудрошћу и добротом њеног Величанства срећно извршено уједињење двеју краљевина и тиме цело острво подведено под један суверенитет и представљено једним Парламентом“. Шкотска је добровољно ушла у унију, па својом вољом, кад она постоји, може из ње и изићи. Шкотска, као богатији део острва Велике Британије, с трећином копнене територије и дванаестином становништва острва, није задовољна обимом својих самосталних овлашћења, посебно у области финансија (буџет и порези) и социјалне политике (већа права у области бриге о деци и супротстављање продубљивању социјалних разлика). Крајем новембра 2013. шкотска влада је усвојила „Белу књигу“ (насловљену „Будућност Шкотске“) у којој је на преко 600 страница изложен план о независности земље, дати предлози политика у појединим друштвеним областима и изложени ставови о односима независне Шкотске према међународној заједници. По том плану, британска краљица би остала на челу независне Шкотске. Корени томе су у историји. Шкот-

[23] O. Hood Phillips and Jackson, *op. cit.*, стр. 91 92.

[24] O. Hood Phillips and Jackson, *op. cit.*, стр. 95.

ска је у персоналној унији с Енглеском пре уједињења, још од 1603, када се смрћу краљице Елизабете (*Elizabeth*) I угасила династија Тјудора, па је круну краља Енглеске наследио шкотски краљ Џејмс (*James*) I Стјуарт (династија Стјуарта се угасила смрћу краљице Ане 1714), који је преместио двор из Единбурга у Лондон. Единбуршким споразумом је предвиђено да у случају да независност Шкотске буде изгласана, Шкотска буде проглашена независном државом 24. марта 2016, после осамнаестомесечних преговора током којих би се усагласили сви детаљи разлаза Шкотске с УК.

Схвативши да је озбиљно суочена с могућношћу разбијања уније, британска влада, најпре њен министар финансија Џорџ Озборн (*George Osborn*), понудила је Шкотској, ако остане у унији, у последњем часу, већу деволуциону власт (већу буџетску и пореску самосталност, самосталност у области јавних расхода, већу стопу издвајања из државног буџета за социјална давања). Ипак, сва та обећања не обавезују док их не усвоји Вестминстерски парламент. Шкотски премијер Алекс Салмонд (*Alex Salmond*) је ову понуду означио као „сувише малу и закаснелу". Приликом представљања „Беле књиге" јавности, Салмонд је изјавио: „Ми не тражимо независност као циљ сам по себи, већ као средство да се Шкотска мења набоље". Није ли онда шкотски референдум, чији је исход био готово сасвим известан, сем у једном случају испитивања јавног мњења (агенција *You-Gov*), био само маневар да се од Лондона извуче што више аутономије за Шкотску и без расцепа уније? Уз велике уставне ломове, тај циљ тек треба да буде остварен.

Аутономија Велса успостављена деволуцијом од 1998. ужа је од аутономије Шкотске. Због тога се и назива „егзекутивна деволуција", за разлику од деволуције у Шкотској и Северној Ирској, која је „легислативна", пошто се њоме обухвата право на доношење примарног законодавства. Истицало се да Велс, у поређењу с другим двема покрајинама, нема довољно особености да би требало да ужива легислативну деволуцију,[25] па се због тога деволуцијом на изабране органе Велса преносе углавном извршна и административна овлашћења (секундарно законодавство), а не и законодавна. По својој садржини и обиму, деволуција Велса обухвата надлежности које је имао ранији

[25] M. Ryan, *op. cit.*, стр. 326. Историјски посматрано, Велс се својевремено пре спојио него удружио с Енглеском. Централистичке тежње Хенрија (*Henry*) VIII довеле су до два закона, од 1536. и 1543, који су формално предвидели унију Ен глеске и Велса, а стварно њихово спајање у једно. Политика асимилације Велса вођена је, практично, од XV до XX века. Добра илустрација те тежње био је Закон од 1746 (*Wales and Bervick Akt*), у којем је предвиђено да тамо где се у неком закону употребљава реч „Енглеска", треба узети да се ту подразумева и Велс. Тако је све до деволуције „уједињење Велса с Енглеском било мање унија, а више апсорпција". C. R. Munro *Studies in Constitutional Law*, London, 1987, стр. 11.

државни секретар за Велс.[26] Допуном Закона о управљању Велсом од 2006. могућности за самоуправу Велса су увећане правом Националне скупштине Велса да јој временом, под одређеним условима (двотрећинског парламента и одобрењем на референдуму грађана Велса), буде поверено и примарно законодавство.[27] За сада она још увек нема праву законодавну власт, него доноси опште правне акте (*measures of the National Assembly for Wales*), који припадају субординираном законодавству (*subordinate legislation*),[28] премда „имају исти учинак као закони парламента". Примарну законодавну надлежност за Велс врши и даље Вестминстерски парламент доношењем „велшких закона", који важе на територији Велса. До деволуције, доношење закона за покрајине било је обележје УК као једне врсте унитарне државе – сједињене уније. До тада је у УК, за разлику од „чисте" унитарне државе, постојао плурализам законодавства без плурализма законодаваца (један исти Вестминстерски парламент доносио је законе за Шкотску, Велс и Северну Ирску, поред оних који су се примењивали на целој територији УК).

У Закону о управљању Велсом од 2006. стоји: „Скупштинска мера није право уколико је нека њена одредба ван законодавне надлежности Скупштине", *s* 94(2). Да се прекорачење власти Скупштине спречи, постоје иста два правна механизма, од којих се један примењује пре него што мера коју је Скупштина усвојила добије одобрење монарха, а други пошто је такво одобрење добила. Први механизам обухвата неколико радњи. Најпре, подносилац предлога за доношење мере мора изјавити да је она из надлежности Скупштине, а председник Скупштине то мора проверити и одлучити о томе. Високи правни званичници Велса (*Counsel General* или *Attorney General*) могу тражити од Врховног суда да испита да ли је предложена мера у оквирима законодавне надлежности Скупштине. Државни секретар може забранити да усвојена мера буде послата на одобрење круни због прекорачења надлежности или кад сматра да постоје разумни основи за повреду вредности наведених у Закону о управљању Велсом. Други правни механизам је *деволуциони спор*, који настаје пред судовима у случају када акти деволуционих институција Велса или оне саме прекорачују надлежности или су неспојиви с Европском конвенцијом о људским правима. Коначну надлежност за решавање деволуционог спора има, као и кад се он појави пред судовима у Шкотској (и Северној Ирској), Врховни суд УК.

Закон о управљању Велсом од 2006. настојао је да ојача и продуби деволуциони процес у Велсу и да тој деволуцији да одређени

[26] M. Barnett, *op. cit.*, стр. 476 477.

[27] V. Bogdanor, *op. cit.*, стр. 92.

[28] M. Ryan, *op. cit.*, стр. 326.

облик. По Закону о управљању Велсом од 1998, Национална скупштина Велса била је уједно и законодавни и извршни орган (*corporate body*). У таквом систему било је немогуће разлучити ко одговара за донесене одлуке. Извршни одбор Националне скупштине Велса био је само један од њених одбора (*committee system*), који је, по правилима одборског система, одговарао тако што је био предмет скупштинских дебата или што су остали чланови Скупштине могли постављати питања његовим члановима.

Од Закона из 2006. Велс има два органа: Националну скупштину Велса и Скупштинску владу Велса. Национална скупштина састоји се од 60 чланова (40 изабраних системом релативне већине, а 20 по систему представљања пет изборних региона Велса). Не постоји могућност њеног распуштања пре истека четворогодишњег мандата на који је изабрана. Такво решење образлаже се њеном надлежношћу, јер она није законодавно тело које може владине предлоге закона одбити. Законе који се тичу Велса и даље доноси Вестминстерски парламент.[29] Државни секретар за Велс саветује се са Скупштином у вези с њеним законодавним (реч је о подзаконодавству) програмом. Због тога је он дужан да присуствује седницама Скупштине бар једном током заседања и учествује у њеном раду. Поред овлашћења за доношење подзаконских аката у областима наведеним у Закону о управљању Велсом, Вестминстерски парламент може на Скупштину пренети законом нова, додатна подзаконска овлашћења. Стога, „степен ширења њене власти зависи од степена у којем је Вестминстерски парламент вољан да јој пренесе додатна овлашћења“.[30] Од Скупштине се тражи да има исти однос према енглеском и велшком језику, њени чланови могу равноправно употребљавати оба језика, с тим што се обезбеђује симултани превод на енглески језик говора на велшком језику.

Скупштинска влада Велса састоји се од првог министра, којег именује Скупштина, ресорних министара Велса које именује први министар из реда чланова Скупштине, генералног саветника (*Counsel General* – нов положај предвиђен Законом од 2006) и заменика министра Велса, које поставља први министар ради помагања у раду првом министру или министрима. Узев у целини, први министар и министри називају се „Велшко министарство“. Скупштинска влада Велса одговорна је Скупштини и мора поднети оставку ако јој Скупштина изгласа неповерење.

Деволуцији у Северној Ирској претходио је Мировни споразум (закључен између британске и ирске владе), ратификован на референдуму у Републици Ирској и Северној Ирској и спрове-

[29] O. Hood Phillips and Jackson, *op. cit.*, стр. 101.

[30] O. Hood Phillips and Jackson, *op. cit.*, стр. 102.

ден Законом о Северној Ирској од 1998. После стварања независне државе, Слободна Држава Ирска (1922), преостали део (северни) ирског острва постао је једина децентрализована територијална јединица у УК (не рачунајући, разуме се, *local government*, који је други систем управљања у односу на *central government*). Главни проблем те децентрализације био је у томе што су у Парламенту у верски подељеној Северној Ирској, предност (већину) стално имали унионисти (протестанти) у односу на националисте (католике). Та аутономија функционисала је равно пола века, све док сукоби између мањинских католика (око 670.000) и већинских протестаната (око милион) нису узели оружани облик. Ови сукоби су толико били нарасли да су у њихово решавање и смиривање били укључени британска војска и полиција. Од тада, па до лабуристичког пројекта деволуције, преговори о аутономији Северне Ирске текли су паралелно с мировним преговорима о решавању сукоба између две нетрпељиве верске заједнице. Ти преговори, у којима су учествовали вођи политичких странака, представници британске и ирске владе, уз посредништво САД (председник САД Клинтон – *Clinton* – и бивши амерички сенатор Џорџ Мичел – *George Mitchell*) били су завршени закључењем Мировног споразума на Велики петак (*Good Friday Agreement*) у Белфасту 1998. Мировни споразум био је потврђен на референдуму одржаном у Северној Ирској и Републици Ирској. Он је садржао део о деволуцији у Северној Ирској под насловом „Демократске институције у Северној Ирској". Споразум из Белфаста вратио је Северној Ирској деволуцију и успоставио нове институционалне односе између УК, Републике Ирске и Северне Ирске. Израз нових односа су Министарски савет Север-Југ (*North-South Ministerial Council*), састављен од министра Владе Републике Ирске и чланова Извршног одбора Северне Ирске ради разматрања питања од међусобног интереса и Британско-ирски министарски савет (*British-Irish Council*), састављен од представника британске и ирске владе, који заједно с деволуционим институцијама усаглашава питања опште политике. Постоји и Британско-ирска међувладина конференција (*British-Irish Governmental Conference*) посредством које две владе могу расправљати о питањима од заједничког интереса. Мировним споразумом је још предвиђено да одредба Устава Ирске од 1937. (члан 2) по којој територију Ирске чини територија „целог острва Ирска, његових острва и територијално море" престаје да важи. Тиме су отклоњене претензије Ирске на територију читавог острва. Са своје стране британска Влада изјављује да је судбина Северне Ирске у рукама њених грађана и да се она неће супротстављати ако би одлука већине грађана била одлазак Северне Ирске из УК и њено уједињење с Републиком Ирском.

Закон о Северној Ирској предвидео је за ту покрајину аутономију по систему деволуције. У њему је Вестминстерски парламент један део својих надлежности изузео од деволуције (искључива надлежност Вестминстерског парламента) и оне никада не могу постати надлежности институција Северне Ирске, за део својих надлежности је створио могућност да сагласношћу државног секретара за Северну Ирску буду пренесене на деволуционе институције Северне Ирске (резервисана надлежност), а све остале материје које нису у искључивој надлежности Вестминстерског парламента нити су његове резервисане надлежности, пренесене су у законодавну надлежност Скупштине Северне Ирске (пренесене, трансферисане надлежности). Тиме је, под условом да се прилике у Северној Ирској трајније стабилизују, отворена правна могућност да се деволуциона овлашћења Северне Ирске увећавају у складу с „деволуцијом која тече“.[31]

Скупштина Северне Ирске има као и Шкотски парламент, у границама пренесене надлежности, примарну законодавну надлежност. За законе Северне Ирске важи, као и за законе Шкотске, правило да ниједна њихова одредба није закон уколико прекорачује оквире пренесене законодавне надлежности. Надзор над поштовањем тих оквира је строг и систематичан и састоји се од мера које се предузимају пре него што закон то постане и пошто закон то престане. На самом почетку уласка у законодавну процедуру, ресорни министар надлежан за област из које је предлог закона, приликом представљања предлога у Скупштини, излаже своје уверење да је закон у оквирима законодавне надлежности Скупштине. Уколико председник Скупштине (који, као спикер Доњег дома Парламента УК мора бити неутралан) сматра да закон није у надлежности скупштине, неће га уврстити у дневни ред. Главни правни саветник Северне Ирске (*Attorney General*) овлашћен је да закон који је усвојен у Скупштини достави Врховном суду да оцени да ли је у оквирима законодавне надлежности Скупштине. Ако Врховни суд сматра да усвојени закон излази из тих оквира, државни секретар (не председник Скупштине) неће га проследити на сагласност монарху (*Royal Assent*), будући да сваки закон усвојен у законодавном телу подлеже у УК монарховој сагласности. Уз то, државни секретар може одбити да достави закон усвојен у Скупштини на сагласност монарху ако сматра да су њиме повређене међународне обавезе земље. Правна ваљаност закона чији је законодавни поступак окончан (усвојен је у Скупштини и после тога добио монархову сагласност) може бити оспоравана у *деволуционом спору* који има сва обележја тог спора у осталим двема покрајинама. То значи да се тај спор појављује у поступку пред судовима кад се постави питање прекорачења законодавне надлежности деволуционе Скупштине, а коначно га решава

[31] E. Hejvud, *op. cit.*, стр. 325.

Врховни суд. Сва ова правила важе и за акте министара и управних департмана (*subordinate legislation*). У случају да ти акти залазе у област искључиве или резервисане надлежност државе, државни секретар за Северну Ирску их може ставити ван снаге наредбом (*order*). То исто може учинити и кад је акт неспојив с неком међународном обавезом. За деволуцију Северне Ирске карактеристичан је један разлог због којег државни секретар може одбити да усвојени закон пошаље монарху на пристанак, а који није обухваћен „разумним основима" за примену исте мере у другим двема покрајинама. Тај основ гласи: „ако закон прави дискриминацију на основу верског уверења или политичког мишљења".

Деволуциони органи у Северној Ирској су Скупштина Северне Ирске и Извршни одбор. Скупштина је једнодомно тело, чији се чланови (има 108 чланова) бирају по систему једне варијанте сразмерног представништва (*STV – single transferable vote*). За ту сврху Северна Ирска подељена је на 18 изборних јединица, од којих свака бира по шест чланова Скупштине. Извршни одбор (надлежан за секундарно законодавство) састоји се од првог министра, заменика првог министра и департманских (ресорних) министара. Први министар и његов заменик морају бити изабрани заједно (*joitly*). Бира их Скупштина, већином у обе политичко-верске заједнице – униониста и националиста (*parallel consent*), с тим да један од њих припада заједници униониста, а други заједници националиста. Обојица су означени као председавајући у Извршном одбору. Они функцију председавајућег врше по начелу сувладарства (диархије). Ако један од њих поднесе оставку, мандат не престаје само њему, него и оном другом. Министри на тај положај долазе избором у Скупштини по Донтовој (*d'Hondt*) формули сразмерног представништва, како би се министарски положаји додељивали сразмерно снази странака заступљених у Скупштини (с тим што странке не могу бирати министарски ресор). Тако установљен, Извршни одбор је једно вишестраначко тело, које функционише на начелу подршке већине у свим заједницама (*„cross-community" support*),[32] тј. већине присутних и гласалих чланова Скупштине и већине присутних и гласалих из заједнице униониста и заједнице националиста. По овом начелу Скупштина не само да бира Извршни одбор, тј. првог министра и његовог заменика, него доноси и кључне законе, укључујући буџет.[33] Извршни одбор не сноси колективну одговорност пред Скупштином.

---

[32] Сваки члан Скупштине мора пре преузимања функције члана означити себе као „униониста", „националисту" или „другог", а чланови истог опредељења образују „заједницу". Подршка свих „заједница постоји кад постоји у свакој од њих. На тај начин обезбеђује се деоба власти (*power sharing*) између две „заједнице" у одлучивању у Скупштини Северне Ирске и Извршном одбору Северне Ирске. Вид. O. Hodd Phillips and Jackson, *op. cit.*, стр. 99.

[33] V. Bogdanor, *op. cit.*, стр. 92.

У току функционисања деволуције у УК, успостављене законима од 1998, до данас једино је у Северној Ирској долазило до застоја и прекида у функционисању деволуционих институција увођењем, уместо њих, непосредне британске управе.[34]

4. ЗАКЉУЧАК: УСТАВНИ КАРАКТЕР ДЕВОЛУЦИЈЕ

Деволуција је особена територијална децентрализација у УК, која као и многе друге уставне институције те државе има сопствене поводе и побуде. Прво, то је начин настанка УК, сједињавањем држава или земаља налик државама с Енглеском. Друго, то је жеља да се и УК укључи у демократске процесе у Европи, тако што би се демократизовало унитарно уређење те државе, давањем права историјским покрајинама да, у границама пренесене законодавне надлежности, уређују односе у покрајини сагласно покрајинским приликама и потребама. „Деволуција признаје неенглеским деловима краљевине да развијају сопствене приоритете у јавној политици." Међутим, тиме се отвара питање социјалних и економских права која су основна за грађане и која би требало да буду иста на целој територији УК. Деволуцијом се отвара могућност да се она разликују од покрајине до покрајине, што властима УК намеће нове обавезе – како да се без обзира на деволуцију грађанима на целој територији УК обезбеде једнака права. Јер, „тешко је сагледати како држава може обезбедити једнакост тих права ако је распарчана, ако је деволуцијом исечена у комаде".[35]

УК није деволуцијом постало федерална држава, али се „бар покренуло ка федерацији".[36] Вестминстерски парламент је, могло би се сматрати, постао квази-федерални парламент. У сваком случају, он се, после деволуције, преобразио у парламент за Енглеску, федерални парламент за Шкотску и Северну Ирску и парламент примарног законодавства за Велс.[37]

Деволуција је, с једне стране, била пут за очување на окупу држава које су се током историје ујединиле с Енглеском, али и за очување истог – унитарног – облика државног уређења УК, с друге. Давање одушка различитостима у држави, јачало је унију. Деволуцијом су промењене представе о УК. До деволуције, УК је

[34] Премда је у Шкотској, Шкотска национална странка тражила 2010. расписивање референдума о независности Шкотске, а 2014. тај референдум је, на основу Единбуршког споразума од 2012. и спроведен.

[35] V. Bogdanor, *op. cit.*, стр. 114.

[36] O. Hood Phillips and Jackson, *op. cit.*, стр. 109.

[37] V. Bogdanor, *op. cit.*, стр. 114.

био дом једне, британске нације. Од деволуције УК је и државно-правно (не само стварно) вишенационална држава, у којој су на окупу различите нације.[38] Али, указују поједини аутори, с деволуцијом треба бити опрезан, пошто се њоме ствара институционални оквир за продубљивање, уместо за смањивање разлика између историјских покрајина, на једној, и Енглеске, на другој страни.

Шкотски референдум је још једном потврдио на самом почетку њене примене уочене слабости деволуције. То су непостојаност концепта деволуционе надлежности и неједнакост деволуционих овлашћења и институција (асиметричност). Иако је Шкотска имала највећа овлашћења, то је вређало њен понос, као једине деволуционе јединице која је ушла у унију с Енглеском као самостална држава. Посебно у односу на Енглеску, која као стожерна земља УК није била захваћена деволуцијом. Тако се стицао утисак да је УК једнако Енглеска плус њене три покрајине, а да је деволуција уступак Енглеске и Енглеза трима неенглеским нацијама.

С друге стране, због деволуције, Енглеска је остала правно неодређено подручје, а при том по пространству и броју становника највеће. То има за последицу да посланици Вестминстерског парламента изабрани у три историјске покрајине (њих 59 изабрано је у Шкотској) одлучују о законима који ће важити само у Енглеској, док посланици изабрани у Енглеској не могу одлучивати у парламентима Шкотске, Велса и Северне Ирске. Тиме се повређује и начело једнакости грађана, јер док једни бирају једно, други бирају два народна представништва (исти уставни проблем имала је и Србија под Уставом од 1974).

Пред само одржавање референдума британски премијер Камерон (*Cameron*) први пут је говорио о томе да се УК састоји од четири „ентитета“, као и о већим пренесеним овлашћењима свакоме од њих. Камерон говори и о четири народа који живе у УК. Његова изјава гласи: „Шкоти ће имати већа овлашћења, али ће се она у истој мери проширити и на становнике Енглеске, Велса и Северне Ирске, који такође треба да имају више утицаја у одлучивању о сопственим стварима.“ То значи да се план о деволуцији из 1998. мора суштински променити, не само у смислу повећања деволуционих овлашћења, него и у смислу исправљања асиметричности деволуције, како би цела територија УК била обухваћена њоме. У том случају уставна реформа не би мимоишла ни Вестминстерски парламент, што ће, вероватно, Енглезима пасти најтеже. Он мора постати или парламент само Енглеске или читавог УК, поред једног посебног енглеског парламента. Међутим, тешко је очекивати да се овако постављена децентрализација на томе заустави. Једна централна власт УК и че-

[38] V. Bogdanor, *op. cit.*, стр. 89.

тири покрајинске власти формиране деволуцијом – то је корак ка федерализацији УК, коју досадашњи концепт деволуције с муком избегава. Бивши британски премијер, Гордон Браун (*Gordon Brown*), иначе Шкот, сматра да после шкотског референдума УК очекује уставна реформа „у смислу успостављања система власти најближег федералном уређењу, колико је оно могуће у земљи у којој њен један део има 85% укупног становништва".

У сваком случају, шкотски референдум направио је велику напрслину у уставном уређењу УК. Исправљеном деволуцијом она се може само крпити, никако исцелити. Уосталом, од успостављања, деволуција је била палијативно решење – ни проста делегација власти, ни чиста децентрализација, Циљ је био да се сачува унитарно државно уређење земље. Ипак, УК ће кад-тад морати да промени концепт свог државног уређења, макар се он и даље звао деволуција. Парламентарни избори који треба да уследе маја 2015. прилика су да се отпочне с његовим решавањем.

До сада је деволуција била добро смишљен план обезбеђивања интегритета државе, посебно пред опасностима национализма и сепаратизма, који не би презали ни од примене насилних метода за остваривање својих циљева. Због тога је, институционално, деволуција постављена тако да се њоме више јача него слаби јединство покрајина с Енглеском.[39] Чим изиђе из свог корита, постоје формални инструменти да се у њега одмах врати, без великих потреса у правном систему. Посебно је значајно што је деволуција Северне Ирске смањила сепаратистичке тежње у тој покрајини, с обзиром на изражену поделу у њој на унионисте (пробритански блок) и републиканце (националистички, проирски блок, чији је екстремни део склон употреби насилних метода и тероризма ради уједињења с државом Ирском).

Уз сва изложена својства, деволуција је, неспорно, моћна полуга демократизације државе. Њоме се државна власт приближава грађанима и прилагођава њиховим потребама. Деволуција је, једноставно, здрава ствар за демократију, јер се њоме врши децентрализација и дисперзија власти.[40] Доминација централне власти савлађује се гипком деобом власти између државе и историјских покрајина. Британски политичари (пре свих лабуристи, али се тој идеји нису опирали ни конзервативци) су, као својевремено Монтескје (*Montesquieu*), дошли до закључка да се политичка слобода најбоље обезбеђује учешћем више субјеката у вршењу власти, али како по ширини зашта се залагао Монтескје, тако и по дубини, што је био захтев америчких „очева оснивача" (*founding fathers*). У сва-

[39] H. Barnett, *op. cit.*, стр. 51.

[40] M. Ryan, *op cit.*, стр. 309.

ком случају, поуздано искуство је да се злоупотреба власти најбоље може спречити ако се прошири круг носилаца власти. Ту политичку мудрост није открио Монтескје, него је он њу пронашао у механизму функционисања власти у Енглеској, описујући га у свом *Духу закона*.

УК је спровођењем деволуције обогатило уставно право још једним уставним проналаском. Оригиналним, какве су, уосталом све институције неформалног британског устава. Пошав од самог тог устава, који је већ одавно постао уставна и политичка реликвија не само Британаца, преко у свету јединственог Парламента, који је згуснута политичка историја земље и народа, *rule of law-a,* као најефикаснијег средства борбе против личне владавине, локалне самоуправе, као најсавршенијег облика локалне демократије, па све до деволуције, која је, временски узето, најновији британски уставни изум. Постоји још једна особеност британских уставних институција. Њих је, као сваки други вредан оригинал, немогуће копирати,[41] јер су оне дело мудрости народног духа, политичког и националног менталитета и самосталне историје коју је тај народ правио на острву одсеченом од континента морем.[42] Енглези су настојали да сами смисле уставне институције своје државе, једну по једну, већ како се указивала потреба за њима, ма колико их дуго смишљали. Уместо да, као многи други народи, преузимају институције туђе државе и да их, с незнатним исправкама, проглашавају својим. Они у уставном праву никада нису били ни имитатори ни плагијатори. Енглези и, касније, Британци су међу оним малобројним народима који су уставно право стварали.

[41] Гл. Гершић, *Енциклопедија права*, Београд, 2011, стр. 240.

[42] Ово је запазио у нас Слободан Јовановић: „Одвојени од европског коп на морем, Енглези су тешко примали стране утицаје, и били су научили да своје установе и своје обичаје сами себи налазе." С. Јовановић, „Енглеска и Француска револуција", *Из историје и књижевности,* II, Београд, 1991, стр. 369.

Dr Ratko Markovic

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

DEVOLUTION IN THE UNITED KINGDOM

Summary

Devolution is a transfer of the legislative powers of the Westminster Parliament to the parliaments of the historical provinces once united with England into the United Kingdom, which are directly elected by the provincial population. That delegation is asymmetrical and revocable, but it does not affect the basic norms of the British unwritten constitution on parliamentary supremacy. Over the devolution the provinces do not acquire the primary competence, but the one that is given to them by the transfer of the legislative powers of the Westminster Parliament. A special law retaining the Westminster Parliament's primary competence and sovereignty grants this competence. Regarding the scope of the devolved powers of the provinces and the organizational mechanism for their execution, there is a significant asymmetry. In all the provinces, there is a unique junction between devolved powers and their holders. Before the referendum on the independence in Scotland in September 2014, the increase of devolved powers was promised not only for all the historical provinces (Scotland, Wales, Northern Ireland), but for England as well, which represents a step towards the federalization of the UK. Devolution and several other institutions of the British constitution also, have a stamp "Made in Britain" which does not allow easy imitation and transfer to another countries and their constitutions.

Key words: *Devolution. – Territorial decentralization. – Home Rule. – Deconcentration of power. – Supremacy of Parliament.*

УДК 340.15(497.11)”08”; 343.2/.7(497.11)”08”

CERIF: H300

Др Драган Николић*

МОДИФИКАЦИЈЕ ВИЗАНТИЈСКОГ ПРАВА У СЛОВЕНСКОМ ПРАВНОМ ЗБОРНИКУ ЗАКОН СУДЊИ ЉУДЕМ**

Анализиране су одредбе најстаријег словенског правног зборника Закон судњи људем из IX века, које су настале рецепцијом уз модификацију аналогних одредби византијске Еклоге. Од деветнаест чланова овог закона реципираних из Еклоге, седамнаест садржи кривичноправне норме у којима су објекти кривичноправне заштите туђа имовина, полни морал, физички интегритет личности, брак, породица и право црквеног азила. Аутор је констатовао три типа модификација: стилско језичке (употреба речи приближно једнаког значења онима из Еклоге или парафразирање текста Еклоге сопственим речима), квантитативне (скраћивање или продужавање текста из Еклоге) и квалитативне (суштинска промена текста из Еклоге). Квалитативне модификације су најзаступљеније у одредбама које прописују кривичне санкције. Редактори Закона су квалитативним модификацијама утиснули у његов садржај својеврстан печат времена, сопствену процену целисходности конкретних модификација и настојали да удовоље реалним или претпостављеним потребама своје друштвене стварности. Многе квалитативне модификације су очигледно извршене с циљем афирмисања и учвршћивања хришћанства као новопримљене званичне религије на тим просторима, али и ради потискивања наслеђа паганског обичајног права.

Кључне речи: *Закон судњи људем. Еклога. Словенско право. Византијско право. Рецепција права.*

---

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, *dnikolic@prafak.ni.ac.rs*

** Рад представља резултат истраживања на Пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (бр. 179046).

Овај рад заокружује нашу правноисторијску анализу најстаријег словенског правног зборника Закон судњи људем (ЗСЉ). Раније смо размотрили хипотезе о времену и месту настанка ЗСЉ, приказали садржај свих његових одредби и израдили компаративан приказ садржаја чланова ЗСЉ и аналогних одредби византијске Еклоге преузетих у ЗСЉ или дословно (10 чланова), или уз модификацију (19 чланова). [1] Предмет анализе сада су само оне одредбе ЗСЉ које су његови редактори реципирали из Еклоге уз модификацију. Законодавни поступак рецепције права уз модификацију у једној раној словенској држави доприноси бољем упознавању и општег правноисторијског феномена настајања најстаријег, односно првог домаћег писаног права у условима распадања родовско-племенске заједнице, изграђивања државне власти и потискивања у други план дотадашњих обичаја и неписаног обичајног права. Конкретан случај рецепције занимљив је и зато што су многе модификације реципираних правних норми очигледно извршене с циљем афирмисања и учвршћивања хришћанства као новопримљене званичне религије на тим просторима у другој половини IX века.

1. КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ИМОВИНЕ

1.1. Паљевина

Од четири модалитета паљевине које чл. 15 ЗСЉ[2] има на уму, обавезно се кажњава само први – спаљивање туђе куће с умишљајем „ради неке злобе или пљачке имања“. Нехатно изазивање пожара који се проширио на туђе њиве или туђ виноград, не повлачи кривичну санкцију, али може довести до обавезе накнаде штете. За паљевину услед грубог нехата, може се извршилац дела осудити (мада ЗСЉ не прецизира казну), а може се и ослободити кривице. Уколико се нечија зграда запали „од грома“, па се ватра прошири на зграде суседа, не постоји никакво кривично дело. За први модалитет паљевине прописана је смртна казна (једина у читавом ЗСЉ); за пожар изазван у граду, извршава се спаљивањем кривца, а за пожар у

[1] Вид. Драган Николић, „Закон судњи људем најстарији словенски правни споменик“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Предраг Димитријевић) 63/2012, 29 38. и Д. Николић, „Рецепција византијског права у најстаријем словен ском правном зборнику Закон судњи људем“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић) 65/2013, 147 159.

[2] Најбоље критичко издање правног зборника Закон судњи људем на старо словенском језику приредио је професор Софијског универзитета и академик Вене лин Ганев, *Законъ соудный людьмъ*, София 1959. Нумерација и текстови појединих чланова ЗСЉ наводе се према јединoм интегралном тексту ЗСЉ на српском језику, Драган Николић, Александар Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, четврто, допуњено издање, Ниш 2013, 109 113.

селу или варошици – погубљењем кривца мачем. Овде је прописана и епитимија, пост од 12 година. В. Ганев изричито тврди да је овде (исто као и у чл. 6 и 7 ЗСЉ) епитимија прописана као алтернативна казна.[3] С.Троицки сматра да је ова епитимија преузета из Правила 56 светог Василија Великог, али су је приређивачи ЗСЉ скратили са 20 на 12 година.[4] Сама идеја редактора ЗСЉ да се уз световне казне додају и епитимије, вероватно је подстакнута и тада у Бугарској актуелним одговорима папе Николе I на питања која му је упутио новокрштени бугарски кнез Борис 866. године и на која је Папа исте године послао 115 детаљних одговора .[5]

У свим битним елементима који се тичу бића и субјеката овог кривичног дела, ЗСЉ следи аналогне одредбе члана XVII/41 Еклоге.[6] Смртна казна и два начина њеног извршења дословно су преузети из Еклоге. Највећа модификација је додавање црквено-религиозне казне (епитимије), што у Еклоги, као изразито световном закону, не постоји ни у једној њеној одредби. Паралелизам у прописивању световних казни и епитимија, једно је од најтежих питања везаних за казнени систем ЗСЉ. О томе детаљно расправља М. Андрејев, који је, полазећи од претпоставке како се у стварности могло одвијати изрицање и извршавање једних и других казни, поставио три хипотезе.[7]

1.2. Крађа у војсци

„Ко у рату краде оружје, нека се бије, а ако је украден коњ, лопов нека се прода“, вели чл. 24 ЗСЉ. Реч „продаја“(кривца) свуда у ЗСЉ, па и овде, несумњиво подразумева продају у ропство. Две су

---

[3] Венелин Ганев, *Законъ соудный людьмъ*, София 1959, 423 424.

[4] *Свештени канони цркве*, Београд 2005, 483; Сергей Троицкий, „Св. Мефо дий как славянский законодатель“*, Богословские труды* 2/1961, 92, 105, *http://www.btrudy.ru/resources/BT2/83 Troitsky.pdf*, 22. мај 2014.

[5] Одговоре цитирамо према издању *Отговорите на папа Николай I по до питванията на Българите 13 ноември 866 г*, превод Димитър Дечев, редактор Ка лин Янакиев, София 1994, скраћено: *Отговорите на папа Николай I.*

[6] Нумерација и текстови појединих чланова Еклоге наводе се према Д. Николић, А. Ђорђевић, *Ibid*., 85 108, где је као основа за текст Еклоге на српском језику највише коришћен превод Еклоге Л. Маргетића (Lujo Margetić, „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/1980, 53 78).

[7] Да је и световне казне и епитимије истовремено изрицао мешовит сино дални суд састављен од судија мирјана и судија духовника; да се ЗСЉ примењивао и пред световним и пред црквеним судовима, па су први изрицали световне казне, а други епитимије; да су световне казне и епитимије у неким случајевима изрицане алтернативно, када су биле прописане уз телесне казне и уз смртну казну. Михаил Андреев, Димитър Ангелов, *История на българската феодална държава и право*, София 1972, 239 241.

битне разлике између ове одредбе ЗСЉ и аналогног члана XVII/10 Еклоге настале у поступку рецепције. По ЗСЉ је биће кривичног дела временски ограничено речима „у рату", док код Еклоге биће кривичног дела обухвата непрецизирано време извршења крађе „у војном логору" (дакле и у време мира), али садржи и речи „или за време ратног похода". Друга разлика тиче се прописаних казни; за крађу оружја су исте и у Еклоги и у ЗСЉ (батине), док се по ЗСЉ за крађу коња кривац продаје у ропство, а по Еклоги кажњава одсецањем руке. Овде су редактори ЗСЉ, као у више таквих случајева, казну сакаћења из Еклоге заменили казном продаје кривца у ропство.

1.3. Крађа стада

Радња овог кривичног дела се према чл. 26 ЗСЉ састоји у терању, односно одвођењу туђег стада. Мада ни ЗСЉ ни Еклога не предвиђају изричито да је извршилац имао намеру да стадо присвоји, то се ипак подразумева из текста санкције која (уз основну казну) прописује и да кривац врати власнику све што је отерао. И аналогни чл. XVII/13 Еклоге и ЗСЉ за ово дело предвиђају строже казне за поврат и за двоструки поврат, али су редактори ЗСЉ за ово прописали другачије казне у односу на Еклогу. Ко први пут изврши ово дело, и по ЗСЉ и по Еклоги кажњава се батинама. Ако га понови, по ЗСЉ се протерује „из своје области", а по Еклоги – „тера се у заточеништво". Ко и трећи пут понови исто кривично дело, по ЗСЉ се продаје у ропство, а по Еклоги му се одсеца рука. Текст овог члана ЗСЉ индиректно је у вези и с одговором бр. 31 папе Николе I који помиње „крадљивце животиња" и препоручује кнезу Борису да у том погледу треба поштовати одредбе световног закона.[8]

1.4. Крађа из гробова

Разлика између чл. 27 ЗСЉ и аналогног чл. XVII/14 Еклоге састоји се у следећем: ЗСЉ санкционише само крађу одеће покојника из гробова, док Еклога има општију формулацију у којој се као кривци појављују они „који оскрнављују тела покојника у гробовима". За кривца ЗСЉ прописује да се прода у ропство, а Еклога – да му се одсече рука.

1.5. Крађа у цркви

Радња овог кривичног дела је идентична и у чл. 28 ЗСЉ и у чл. XVII/15 Еклоге: крађа из олтара или крађа изван олтара у цркви. Разлика је у прописаним казнама. За крађу из олтара се кривац по ЗСЉ продаје у ропство, а по Еклоги се ослепљује. За крађу изван

[8] *Отговорите на папа Николай I*, 133.

олтара, ЗСЉ прописује да се кривац бије, ошиша и „да се пусти да лута по земљи као нечастиви“, док Еклога поред батина и шишања прописује и да се кривац шаље у заточениште. Када је реч о трећој казни коју ЗСЉ прописује за крађу изван олтара („да лута“), В. Ганев сматра да кривац није препуштан слободном лутању по земљи, већ да „локалне управне власти нису кажњеном давале мира и терале су га да иде од места до места док траје казна“. [9]

1.6. Присвајање туђег роба

За присвајања туђег роба по чл. 30 ЗСЉ и не постоји кривична санкција, већ само обавеза накнаде штете: онај који би присвојио туђег роба, „па га крије и не може да га врати“ дужан је да „власнику роба преда другог таквог роба или да му исплати (његову) цену“. ЗСЉ ништа ближе не каже за случај да извршилац овог дела не поступи тако. Аналогни члан XVII/17 Еклоге овакву радњу недвосмислено третира као кривично дело: уз обавезу враћања власнику тог роба, прописује да кривац има обавезу да преда власнику још једног роба или да плати његову цену, што је заправо имовинска (у натури или новцу) казна за учињено кривично дело. В. Ганев сматра да су редактори приликом формулисања чл. 30 ЗСЉ, несвесно учинили пропуст погрешним превођењем последњег става аналогног члана Еклоге који гласи „треба да његовом власнику да још једног роба, или да плати његову цену“. [10]

2. КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНОГ МОРАЛА[11]

2.1. Полни односи ожењеног са робињом

Код бића овог кривичног дела постоји дилема да ли су редактори у чл. 4 ЗСЉ имали у виду полне односе кривца само са својом робињом („ако неко поред своје жене има односе са робињом“), или пак са било којом особом женског пола која је у неком статусу неслободе. Дилема произилази из тога што аналогни чл. XVII/21 Еклоге изричито санкционише полне односе „са властитом робињом“

9 В. Ганев, 562

10 *Ibid*., 582.

11 Са изузетком чл. 15 ЗСЉ (злонамерна паљевина), сви остали чланови који уз световну казну прописују и епитимију (њих је укупно још седам), тичу се кривич них дела којима се на неки начин вређа и хришћанско схватање полног морала. У томе, међутим, редактори ЗСЉ нису били до краја доследни: за поједина кривична дела која такође нарушавају хришћански полни морал нису прописали епитимије: у чл. 9 (силовање невине девојке), у чл. 11 (полни односи са туђом вереницом) и у чл. 12 (брак крвних сродника).

(а у следећем члану XVII/22 санкционише полне односе са туђом робињом), као што и сам ЗСЉ у свом следећем члану 5 санкционише блудничење са туђом робињом. Сасвим оправдано В. Ганев сматра да је одредба ЗСЉ логичнија од аналогног члана Еклоге, будући да прељубу третира са ширег етичког аспекта, где се робиња-блудница уопште посматра као саучесница у делу прељубе ожењеног човека. Исти аутор поводом чл. 4 ЗСЉ поставља и следеће питање: ако је робиња туђа, а будући да се кажњава продајом некоме у „другој земљи", да ли онда саучесник у блуду дугује њеном власнику неко обештећење? Члан 4 ЗСЉ то не помиње, за разлику од чл. 5 ЗСЉ, где је прописано да кривац њеном власнику треба да плати 30 стиленза, упркос томе што за робињу-блудницу овде није прописана никаква казна, дакле ни продаја другом власнику.[12]

Разлика између чл. 4 ЗСЉ и аналогног члана Еклоге је и што Еклога кривца кажњава имовински – одузимањем његове робиње са којом је полно општио и њеном продајом другоме. ЗСЉ такође прописује да се робиња-блудница прода другоме, али ако се држимо језичког тумачења ове норме, та продаја, по свој прилици, имовински не погађа кривца, будући да ЗСЉ не прецизира да је реч о његовој робињи. За кривца, међутим, ЗСЉ прописује и епитимију, пост од 7 година из Правила 59 светог Василија Великог.[13] Последња разлика се тиче начина располагања новцем добијеним продајом робиње-блуднице: док ЗСЉ прописује да се тај новац раздели сиротињи, Еклога прописује да се уноси у државну благајну.

2.2. Блуд са туђом робињом

Одредбе чл. 5 ЗСЉ дефинишу слично биће кривичног дела какво постоји у претходном чл. 4 ЗСЉ, али је овде наглашено да се ради о блуду са туђом робињом. Између ова два члана ЗСЉ основна је разлика у томе што се за саму робињу у чл. 5 не прописује никаква казна („она да се не продаје"), те се може претпоставити да се њено евентуално кажњавање препушта њеном власнику по праву својине над њом. Органска везаност ова два члана огледа се и у томе што је у оба члана за кривца предвиђена идентична епитимија, пост од 7 година из Правила 59 светог Василија Великог.[14]

У односу на аналогни чл. XVII/22 Еклоге, разлика је што чл. 5 ЗСЉ прописује да кривац треба да плати власнику робиње 30 стиленза (златника),[15] а по Еклоги је висина ове казне 36 (златних) соли-

[12] В. Ганев, 232 233.

[13] *Свештени канони цркве*, Београд 2005, 484.

[14] *Ibid.*

[15] Бугарски историчари претпостављају да је стиленз (стълензъ) можда био бугарска златна монета, по саставу и вредности једнака византијској, али остављају

да. ЗСЉ је предвидео да уколико кривац нема толико пара, треба да плати њеном власнику „колико има“, док ће по Еклоги у том случају бити кажњен батинама и „даће према могућностима приближно толико“. За робињу се ни у аналогном члану Еклоге не прописује никаква казна.

2.3. Блуд калуђера

Члан 6 ЗСЉ само је по субјектима кривичног дела и по казнама одсецања носа аналоган чл. XVII/23 Еклоге. По ЗСЉ субјект је „блудни калуђер“ (који треба бити кажњен одсецањем носа), без икаквог ближег одређења инкриминисане радње и пасивног субјекта кривичног дела, док су по Еклоги субјекти кривичног дела и онај који полно општи са монахињом и сама та монахиња, а за обоје су прописане казне одсецања носа. Редактори ЗСЉ су за блудног калуђера додали и епитимију, пост од 15 година из Правила 58 светог Василија Великог. [16]

2.4. Полни односи са невином девојком, без намере ступања у брак са њом

Субјект овог кривичног дела по чл. 8 ЗСЉ може бити сваки неожењени мушкарац, било ког друштвеног статуса. Тек код прописивања казне је степенован његов економски статус. ЗСЉ не прави разлику да ли је до полних односа дошло обостраном сагласношћу актера, као ни да ли је до првог полног односа можда дошло силом, па су се односи касније наставили добровољно

Постоје две битне разлике између ЗСЉ и аналогног чл. XVII/29 Еклоге. Прва је што Еклога изричито каже да је до полних односа дошло „уз сагласност те девојке“, па је самим тим код Еклоге ово важан елемент самог бића кривичног дела. Редактори ЗСЉ, међутим, као да су намерно оставили недоречено питање пристанка девојке на полне односе, како би се одредбе овог члана распростирале на што већи број фактичких ситуација. Друга разлика је што ЗСЉ прописује да је до полних односа дошло „противно вољи њених родитеља“, а по Еклоги – „без знања њених родитеља“. Зато изгледа да кривично дело, односно кривица извршиоца по Еклоги постоји и онда када девојка или њени родитељи одбију од стране тог мушкарца понуђен брак, док по ЗСЉ кривично дело постоји само уколико тај мушкарац одбије закључење брака.

могућност да су редактори ЗСЉ под овим појмом подразумевали управо византијску златну монету (солид, номизму) коју су, евентуално, тако звали на просторима на станка ЗСЉ. У сваком случају, извесно је да је једна литра злата садржала 72 сти ленза, што се изричито помиње у чл. 8 ЗСЉ. О томе опширније В. Ганев, 242, 326.

[16] *Свештени канони цркве*, 484.

Кривац се и по ЗСЉ и по Еклоги кажњава идентичним имовинским казнама: уколико је имућан, плаћањем девојци 72 стиленза (ЗСЉ), односно литре злата (Еклога), а ако је мање имућан – предајом девојци половине своје имовине. Тек уколико он не поседује никакву имовину, ЗСЉ прописује да се бије и протера, док Еклога прописује батинање, шишање и заточеништво. По речима М. Андрејева, градација имовинске казне показује да „завођење девојака, више од свих других кривичних дела против полног морала, није било страно припадницима владајућих слојева и зато је при прописивању казне за ово требало наћи другачији приступ него код дела као што су силовање, родоскрнављење и друга дела против личности и породичног морала“.[17] Редактори ЗСЉ и овде кривцу додају епитимију, пост од 7 година из Правила 59 светог Василија Великог.[18] Из смисла чл. 8 ЗСЉ, јасно је да је епитимија предвиђена уз сваку од три могуће казне.

3. КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ФИЗИЧКОГ ИНТЕГРИТЕТА ЛИЧНОСТИ

3.1. Силовање невине девојке

Биће овог кривичног дела из чл. 9 ЗСЉ има три конститутивна елемента: полни однос с невином девојком, примена силе током полног односа и да се ово догодило на „пустом месту, где нема могућности да јој се помогне“. Овај трећи елемент не постоји у аналогном чл. XVII/30 Еклоге који је, иначе, изузетно лапидаран („Ономе који силује девицу, нека се одсече нос“). Редактори ЗСЉ нису ближе дефинисали ни саму радњу насилног полног односа, ни појам „пустог места“, препуштајући судовима да сами ово процењују према околностима случаја.

Велика је разлика у казнама за ово кривично дело прописаним у Еклоги и у ЗСЉ. Еклога за кривца предвиђа само казну одсецања носа, али је редактори ЗСЉ не преузимају, већ прописују да се кривац прода (свакако, у ропство), а да се целокупно његово имање преда девојци. Очигледно је да су под утицајем новопримљене хришћанске вере редактори ЗСЉ сматрали да преступе против полног морала треба кажњавати суровије него у византијском праву. Први део санкције из ЗСЉ оставља недоумицу да ли се износ добијен продајом кривца предаје држави или такође жртви силовања, заједно са његовом целокупном имовином. Ова дилема постоји само у случају када је кривац слободан човек. Ако би он већ био у неком статусу зависности

[17] М. Андреев, Д. Ангелов, 246.

[18] Вид. фн. 14.

(роб или кмет) рађа се друга дилема: добија ли власник роба (односно господар кмета) неко обештећење зато што га држава применом овог закона лишава роба односно кмета ? Речи из чл. 9 ЗСЉ „нека се прода“ изазивају и недоумицу да ли се кривац има продати у тој области где је извршио силовање, или пак у „другој земљи“ (као што нпр. прописује чл. 4 ЗСЉ за робињу-блудницу која има полне односе с ожењеним мушкарцем). Иначе, чл. 9 ЗСЉ је, уз чл. 11 и 12 ЗСЉ,[19] једини који не прописује епитимију за кривично дело које нарушава не само дотадашње обичајно право, већ и хришћанско схватање полног морала.

3.2. Силовање невине девојке млађег узраста

Ово кривичног дело из чл. 10 ЗСЉ суштински је слично кривичном делу из претходног чл. 9 ЗСЉ; разликује се од њега по томе што не прописује место извршења, већ дефинише узраст жртве силовања, али и што уз световну казну прописује и епитимију. Од аналогног чл. XVII/31 Еклоге, чл. 10 ЗСЉ разликује се код одређивања узраста жртве силовања и код прописивања казне.

Узраст жртве силовања ЗСЉ одређује речима „млађа од 20 година“, док је у аналогном члану Еклоге прописан узраст „пре њених 13 година“. Потпуно је оправдана сумња М. Андрејева да је одређивање узраста од 20 година последица грешке потоњих преписивача изворног текста ЗСЉ (који, иначе, није сачуван у оригиналу, [20] већ само у потоњим преписима). За оно време, вели М. Андрејев, овај узраст је превисоко постављен и у потпуном је несагласју и с ондашњим црквеним правом и са свакодневном обичајном праксом тога доба, када се сматрало да девојка од 20 година, не само да није девојка млађег узраста, већ напротив, да је чак и одоцнила с удајом.[21] Слично мисли и В. Ганев који чак и детаљно објашњава како је у потоњим рукописним текстовима ЗСЉ могло доћи до грешке у преписивању, тј. како је цифра тринаест постала цифра двадесет.[22]

Прописана казна за ово кривично дело у ЗСЉ потпуно се разликује од казне у Еклоги, која прописује да се кривцу одсече нос, а половина његове имовине преда жртви силовања. По ЗСЉ,

---

[19] Члан 11 ЗСЉ (полни односи са туђом вереницом), где је казна за кривца одсецање носа, дословни је превод чл. XVII/32 Еклоге, док чл. 12 ЗСЉ као једину санкцију за брак крвних сродника прописује раставу.

[20] Сви познати преписи ЗСЉ сачувани су унутар руских рукописних књига, такозваних крмчија, а за најстарији и најближи изворном садржају сматра се текст ЗСЉ од тридесет и два члана садржан у Устјушкој крмчији из XIII века, познат и под именом Румјанцевски рукопис. Вид. Д. Николић (2012), 30.

[21] М. Андреев, Д. Ангелов, 245 фн. 29.

[22] В. Ганев, 353 у фн.

међутим, кривац се продаје заједно с целокупним имањем и сав тај новац се предаје силованој. И овде се појављује дилема слична оној код чл. 9. ЗСЉ: ако би кривац већ био у неком статусу зависности, тј. роб или кмет, да ли би у том случају његов господар на неки начин био обештећен ? Кривац се по ЗСЉ подвргава још и епитимији, посту од 7 година из правила 59 светог Василија Великог.[23]

3.3. Продаја слободног човека као роба

Биће овог кривичног дела, како су га у чл. 29 дефинисали редактори ЗСЉ, на први поглед је јасно само по себи: „ко слободног човека прода као роба, или га као роба задржи". Да би га продао, међутим, по природи ствари се подразумева да би морао да га претходно отме или на неки други начин лиши слободе. Аналогни чл. XVII/16 Еклоге је много одређенији: „ко отме слободног човека и прода га, нека му се одсече рука". Еклога је, дакле, радњу кривичног дела означила као отмицу и продају слободног човека као роба, док ЗСЉ, поред продаје, као кажњиву радњу предвиђа и задржавање слободног човека као свог роба.

Активан субјект кривичног дела може бити свако, али је умесно питање да ли је у ондашњој друштвено-историјској реалности заиста баш свако могао да изврши ово кривично дело. Реално је претпоставити да су то ипак могли бити само они људи који су по свом друштвеном и правном статусу били у стању да отму, заробе, задрже и као роба продају слободног човека, дакле људи високог и највишег друштвеног статуса, они који су иначе могли да поседују робове, купују их и продају. Скоро је немогуће и замислити да би неко ко је и сам у статусу зависности (роб или кмет) могао извршити ово кривично дело. Уосталом, то се види и кроз казну прописану у чл. 29 ЗСЉ да се кривац преведе у статус роба, што имплицитно значи да су и сами редактори ЗСЉ имали у виду да је извршилац овог дела могао бити само слободан човек који има и пословну способност.

У аналогном члану Еклоге, казна за кривца је телесна – одсецање руке. У ЗСЉ је казна превођење кривца у статус роба, али није изричито речено чији ће роб он постати. Претпостављамо да су редактори ЗСЉ сматрали да треба да постане роб жртве овог кривичног дела. Ако се, међутим, има у виду претпоставка да извршилац овог кривичног дела реално може скоро искључиво бити човек високог или највишег друштвеног статуса, остаје велика сумња да ли је у ондашњој историјској стварности овај члан ЗСЉ икада могао бити примењен у пракси.

---

[23] Вид. фн.14.

4. КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ БРАКА И ПОРОДИЦЕ

4.1. Ступање у брак са сопственом кумом

Биће овог кривичног дела из чл. 7 ЗСЉ су полни односи између кума и куме, који су или ступили у брак или живе у ванбрачној заједници, чиме грубо крше и црквене каноне по којима је духовно сродство веће и од крвног сродства. Редактори ЗСЉ су избегли два јасно разграничена модалитета овог кричног дела из аналогног чл. XVII/25 Еклоге (ако је неко ступио у брак с оном коју је крстио, или је с њом полно општио и без брака), определивши се у првом ставу чл. 7 ЗСЉ само за формулацију „када неко своју куму узме за жену“. Тиме су у биће кривичног дела укључили и брачну и ванбрачну заједницу између кума и куме, али су, очигледно, дефинисали блажу варијанту бића кривичног дела у односу на Еклогу која је у овом случају строжа, јер кажњава сваки полни однос између кума и куме. У последњем ставу овога члана, међутим, ЗСЉ има и сопствени додатак да под исту казну потпада „и онај који узме кћер по светом крштењу“. Оваква сложена и прилично непрецизна двострука формулација бића кривичног дела може се тумачити и као неспретно превођење аналогног члана Еклоге.

Код првог модалитета кривичног дела, под казну ЗСЉ потпадају и кум и кума („нека им се одсеку носеви и нека се раставе“), а код другог модалитета под казну потпада само „онај који узме кћер по светом крштењу“. Код првог модалитета ЗСЉ је вероватно имао на уму кума који је крстио одраслу женску особу.[24] Код другог модалитета („онај који узме кћер по светом крштењу“), вероватно је имао на уму ситуацију када је неко својевремено крстио или новорођенче или девојчицу, па ју је после више година узео за жену. Уз раставу, у овом другом случају се одсецањем носа кажњава само он, јер се претпоставља да она, будући крштена у најмлађем узрасту, није ни била свесна да је чином крштења ступила у духовно сродство с њим, док је он, као хришћанин у време када ју је крстио, то сигурно знао, али је ипак починио ово кривично дело.

Казне за за први модалитет овог кривичног дела у ЗСЉ су идентичне онима из Еклоге: растава и за обоје одсецање носа, али ЗСЉ за обоје додаје и епитимију, пост од 15 година из Правила 58 светог Василија Великог.[25]

Необично је што су редактори у последњем ставу чл. 7 ЗСЉ, такорећи узгред и с неколико речи, додали и још једно, ново кривич-

[24] Пошто је ЗСЉ по свој прилици настао непосредно после примања хриш ћанства на просторима на којима је важио, сасвим је реално претпоставити да су они који су се крстили међу првима, даље крштавали не само децу, већ и одрасле људе из свог окружења, преводећи их из паганства у хришћанство.

[25] Вид. фн. 17.

но дело, прописавши да под исте казне прописане за први модалитет кривичног дела (узимање своје куме за жену) потпадају „и они који заведу удату жену“. Из формулације је јасно да је казна прописана само за мушкарца који заведе удату жену, па макар и да су имали само један полни однос. Иначе је прељуба с удатом женом веома детаљно дефинисана и санкционисана у чл. XVII/27 Еклоге, где под казну одсецања носа потпадају и прељубник и прељубница (која мора напустити свог супруга, „а прељубник неће бити одвојен од своје жене, иако му је нос одсечен“). Очигледно је да редактори ЗСЉ овде нису реципирали поменути члан Еклоге.

4.2. Брак између крвних сродника

Члан 12 ЗСЉ изузетно је кратак („Родоскрвник који је ступио у брак с крвном сродницом, да се растави од ње“), за разлику од аналогног чл. XVII/33 Еклоге који поименично наводи сроднике који ће услед међусобних полних односа, зависно од близине сродства, бити кажњени или смрћу или одсецањем носа. Редактори ЗСЉ су овај члан унели у текст Закона свакако и под утицајем новопримљене хришћанске религије која се изричито противи оваквим браковима. Уопште, ЗСЉ је у многим својим одредбама прожет наглашеном бригом за изграђивање и очување хришћанске етике, па самим тим и хришћанског схватања полног морала. Са друге стране, када се има у виду садржај аналогног реципираног члана Еклоге, на први поглед је збуњујућа благост казне у ЗСЉ, али и то да за ово кривично дело ЗСЉ не предвиђа епитимију (чиме је овај члан, уз чл. 9 и 11 ЗСЉ једини из групе кривичних дела против хришћанског морала који не прописује и епитимију). Ово је можда последица и одговора бр. 29 и 39 папе Николе I на питања кнеза Бориса о браку и крвном сродству, где је Папа одговорио да та питања треба износити пред црквени суд и да о томе говоре канони.[26]

Биће овог кривичног дела по ЗСЉ је постојање брака између крвних сродника било ког степена сродства, за разлику од аналогног члана Еклоге, где је кривично дело већ и сам полни однос између тамо побројаних сродника. ЗСЉ очигледно има у виду само брак формално закључен у цркви, а не и друге повремене или трајне форме ванбрачне заједнице. Субјекти кривичног дела могу бити сви крвни сродници, али не и сродници по тазбини, јер ЗСЉ очигледно не санкционише и брак између сродника једног, са сродником другог брачног друга.

Растава, као блага и нерепресивна казна, посматрана у ширем друштвено-историјском контексту, имплицира да до примања хришћанства на просторима где је настао ЗСЉ, бракови између

[26] *Отговорите на папа Николай I*, 132, 135.

лица у одређеном степену крвног сродства (свакако удаљенијег), по тамошњем обичајном праву нису сматрани за недозвољене. Чак и ако можда нису били много распрострањени, свакако су били толерисани у дотадашњој паганској средини. Уосталом, редактори су приликом формулисања чл. 12 ЗСЉ свакако имали у виду те чињенице из сопствене друштвене стварности.[27] Велики познавалац најстаријег бугарског обичајног права М. Андрејев сматра да „када се има у виду друштвено уређење паганске Бугарске *(приближно до средине IX века – Д.Н.)* могло би се рећи да су једва могли постојати неки други услови за закључење брака (...) сем полне зрелости момка и девојке." По његовим речима, управо садржај чл. 12 ЗСЉ индиректно показује да „по обичајима паганске Бугарске, сродство није представљало брачну сметњу", при чему се ово, вели М. Андрејев, свакако није односило на крвне сроднике у правој линији, као ни на браћу и сестре у ближим степенима сродства, већ само на удаљеније крвне и тазбинске сроднике.[28]

4.3. Бигамија

Биће овог кривичног дела је у чл. 13 ЗСЉ преузето уз модификацију из аналогног чл. XVII/35 Еклоге, а састоји се у постојању два регуларно закључена брака. Одмах се поставља питање да ли ЗСЉ овде санкционише бигамију и унутар паганске и унутар хришћанске популације. Вероватније је да се мислило само на бракове привидно закључене по правилима хришћанске цркве, будући да је с аспекта хришћанства, брак заснован по паганским обредима третиран искључиво као конкубинат. Услед недостатка историјских извора, може се само нагађати да ли су они пагански бракови закључени пре званичног примања хришћанства (864–865. године) сматрани за правовањане и после тог времена, па самим тим и да ли је ЗСЉ имао у виду бигамије засноване и пре његовог доношења. По речима М. Андрејева, не може бити никакве сумње да су бигамија, а вероватно и полигамија, биле дозвољене у паганској Бугарској, те да је кнез Борис и о томе питао папу Николу I, што се види из Папиног одговора 51 („питате да ли је дозвољено да се истовремено имају две супруге").[29] Мада о томе углавном нема релевантних историјских извора, бигамија и полигамија су највероватније биле заступљене

[27] Да су се редактори ЗСЉ многим одредбама овог закона директно борили против паганског наслеђа, показује и чињеница да су га започели оригиналним тек стом члана 1 којим се управо вршење паганских обреда и заклетви по селима веома сурово кажњава (предајом села у својину цркве и продајом сеоских старешина у ропство).

[28] Михаил Андреев, *Българското обичайно право, правно историческо проу чаване*, София 1979, 88.

[29] *Ibid.,* 93. и *Отговорите на папа Николай I,* 141.

претежно у владајућим друштвеним слојевима, као симбол њихове моћи, а у неку руку и као њихова привилегија.

Санкција за бигамију у ЗСЉ је отпуштање друге супруге са којом се касније ступило у брак (заједно с њеном децом) и бијење кривца, што је у основи идентично с одредбама Еклоге. За бигамисту ЗСЉ прописује још и епитимију, пост од 7 година из Правила 59 светог Василија Великог.[30]

5. ПОВРЕДА ПРАВА ЦРКВЕНОГ АЗИЛА

Право на црквени азил (прибежиште) дефинисано је и у чл. 16 ЗСЉ и у аналогном чл. XVII/1 Еклоге као право сваког прибеглог у цркву да не може бити силом изведен из ње, односно да је апсолутно кажњиво као кривично дело свако насилно извођење из цркве (као и сам покушај извођења) лица које ужива право црквеног азила. Субјект овог кривичног дела означен је у ЗСЉ речима „нико“ и „неко, ма ко да је“. Самим тим, извршилац може бити и представник државне власти, и свештено лице (па и сам свештеник у тој цркви), и приватно лице које прибеглог прогони због нечега (нпр. освете). Право на црквени азил није временски ограничено, али се по смислу ЗСЉ претпоставља да је привремено, будући да коришћењем овога права азилант није заувек заштићен ни од представника државне власти, ни од приватних лица која га због нечега траже. Прибегли је по ЗСЉ обавезан да свештенику претходно исповеди све што се догодило („своје дело и своју кривицу“) и зашто тражи азил, па се тек онда ставља под заштиту цркве. Право црквеног азила не окрњује нити укида право представника државне власти да испита прибеглог, нити укида право прибеглог да и он сам може добровољно напустити територију под црквеном јурисдикцијом.

Овде постоје три битне разлике између ЗСЉ и Еклоге: по Еклоги, тражилац азила није дужан да свештенику саопштава разлоге, нити да описује догађај и износи своју евентуалну кривицу, већ је то обавеза онога који га тражи; по Еклоги, онај који тражи азиланта треба да свештенику те цркве гарантује да ће он бити „законито испитиван и суђен према његовом кривичном делу“;[31] трећа је разлика што се по Еклоги онај ко би покушао да силом отме азилан-

[30] Вид. фн. 14.

[31] Еклога је тако коришћење овог права учинила зависним од воље онога који жели да прибеглог у цркву стави под своју физичку власт: чим он свештенику пружи гаранције о правичном суђењу, престаје право прибеглог на продужетак црквеног азила. Редактори ЗСЉ су овај део текста чл. XVII/1 Еклоге вероватно разумели као сужавање и обезвређивање права црквеног азила, па су га потпуно изоставили код формулисања чл. 16 ЗСЉ.

та из цркве без давања гаранција свештенику о будућем правичном суђењу, кажњава са само 12 удараца, док ЗСЉ за свакога ко покуша да азиланта силом изведе из цркве прописује казну од чак 140 изузетно јаких удараца („док се не појаве ране"). Строжа казна у ЗСЉ може се тумачити и као настојање једне новокрштене средине да се појачано чува и штити светост црквених зграда и црквених власти. Редактори ЗСЉ су очигледно желели да, у односу на Еклогу, успоставе ефикаснији начин заштите не само установе црквеног азила као такве, већ и да заштите овлашћења цркве као покровитељке азила. Оваква формулација чл. 16 ЗСЉ свакако је инспирисана и одговором бр. 95 папе Николе I који је кнезу Борису поручио да „ако неко побегне у цркву, не треба, ако добровољно не жели, да се отуда изагна".[32]

Јака правна заштита установе црквеног азила у ЗСЉ, мора се посматрати и у ширем контексту настојања његових редактора да се јаким гаранцијама права црквеног азила ограничи и крвна освета. Већу заштиту коју ЗСЉ пружа азиланту у односу на Еклогу, М. Андрејев повезује са основаном претпоставком да је у бугарским областима у време настанка овог закона крвна освета свакако била неупоредиво више распрострањена него у Византији у време настанка Еклоге. Азиланту ЗСЉ гарантује да неће олако бити предат у руке онога који га прогони, зато што се оправдано сматрало да га од смрти не би могла спасити никаква гаранција коју би цркви дао прогонитељ, уколико га он тражи ради крвне освете. [33] Зато је и казна за кривца изузетно строга: 140 удараца с пратећим ранама по читавом телу, дакле казна опасна по живот, у неку руку и прикривена форма смртне казне. Зашто онда, пита се М. Андрејев, редактори ЗСЉ у овом случају нису отворено прописали смртну казну? Одговор налази у јаком утицају обичајног права на редакторе ЗСЉ који су уопште избегавали прописивање смртне казне (сем у једном случају, код злонамерне паљевине, па и ту алтернативно с епитимијом). „Треба нагласити да је по обичајном праву смртна казна могла бити прописана на различите начине. У конкретном случају, практично се казна сводила на то да нарушилац права азила буде тешко пребијен",[34] врло вероватно с коначним смртним исходом.

6. РАСПОДЕЛА РАТНОГ ПЛЕНА

Члан 3 ЗСЉ и није правна норма у пуном смислу речи. Има диспозицију, али не и санкцију. В. Ганев сумња да је чл. 3 ЗСЉ био

[32] *Отговорите на папа Николай I,* 156.

[33] М. Андреев, 125.

[34] *Ibid.,* 126.

саставни део изворне верзије Закона и сматра да је вероватно унет касније, током израде његових преписа. На основу обимније језичке анализе текста, констатује да се овај члан умногоме разликује од текстова осталих чланова ЗСЉ „по својој граматичкој структури, по својим словенским изразима и по свом стилу".[35] Члан 3 ЗСЉ и аналогни чл. XVIII Еклоге више личе на упутство, препоруку или констатацију постојања једног ратног обичаја. По ЗСЉ, шести део ратног плена припада кнезу, а по Еклоги – државној благајни; остатак ратног плена по ЗСЉ припада свим учесницима битке, укључујући ту и војне старешине, док Еклога из расподеле остатка ратног плена искључује војне старешине који „већ имају своје плате". Трећа је разлика што Еклога дозвољава да се она шестина ратног плена, која по правилу припада државној благајни, ипак може разделити оним војним старешинама „који су се храбро борили", док ЗСЉ оставља могућност да и из „кнежеве шестине" ратног плена нешто додатно добију војници из редова „кметова или обичних људи" који су показали храброст, извршили подвиг или испољили смелост.

7. ОТКУП СЛОБОДНОГ ЧОВЕКА ЗАРОБЉЕНОГ У РАТУ

Члан 19 ЗСЉ, по угледу на чл. VIII/6 Еклоге, прописује права и обавезе произашле из откупа слободног човека заробљеног у рату. Откуп роба, у овом случају ратног заробљеника, суштински се састоји у томе да он откупом добије слободу, тј. пређе из статуса ропства у статус слободе. И Еклога и ЗСЉ правно регулишу ситуацију када неко ратног заробљеника откупи из ропства, па ослобођеник постане дужник онога који га је откупио, наравно, за суму коју је овај за њега платио. Уколико ослобођеник (када се врати својој кући – прецизира Еклога, а ЗСЉ не каже када) не може да исплати ту суму ономе који га је откупио, дужан је да код њега ради све док не одради износ плаћен за његов откуп. Еклога не одређује унапред како ће се новчано вредновати тај његов рад („судије ће јасно одредити колико треба обрачунати сваку годину рада на име исплате откупа"), док редактори ЗСЉ унапред одређују да се тај износ пред сведоцима утврђује „за сваку годину по 3 стиленза, и када се достигне, да се овај пусти на слободу".

8. ЗАКЉУЧАК

Од деветнаест чланова словенског правног зборника Закон судњи људем који су реципирани из Еклоге уз модификацију, седам-

[35] В. Ганев, 215.

наест садржи кривичноправне норме, један члан не прописује никакву санкцију за повреду диспозиције, а један члан регулише материју облигационог права. У оним члановима који садрже кривичноправне норме, објекти кривичноправне заштите су туђа имовина, полни морал, физички интегритет личности, брак и породица, те право црквеног азила. Врсте модификација у поступку рецепције аналогних одредби Еклоге су стилско-језичке (употреба термина приближно једнаког значења онима из Еклоге, парафразирање текста Еклоге сопственим речима, другачији реченични склоп и слично), квантитативне (скраћивање или продужавање текста из Еклоге) и квалитативне (суштинска промена самог садржаја текста).

Квалитативне модификације су најзаступљеније у одредбама које прописују кривичне санкције. За осам кривичних дела, редактори ЗСЉ су уз световну казну (смртну, продају у ропство, телесну, имовинску и прогонство) додали и епитимије у трајању од 7, 12 или 15 година. Епитимије су прописане за сва четири кривична дела против полног морала, а унутар осталих група кривичних дела још и за паљевину куће, за силовање невине девојке млађег узраста, за ступање у брак са сопственом кумом и за бигамију. Све епитимије су преузете из Правила светог Василија Великог.

За четири кривична дела за која Еклога прописује казну одсецања руке (крађа коња у војном логору, одвођење туђег стада, крађа из гробова и продаја слободног човека као роба), ЗСЉ прописује казну продаје кривца у ропство. Ову казну ЗСЉ прописује и за крађу предмета из олтара, што Еклога кажњава ослепљењем кривца. За кривично дело ступања у брак са сопственом кумом, ЗСЉ преузима из Еклоге само казну одсецања носа, али из ње изоставља додатну казну снажног бичевања. За кривично дело блуда са туђом робињом, ЗСЉ преузима из Еклоге имовинску казну, додаје епитимију, али из Еклоге изоставља казну батинања. Мада су, очигледно, имали потпуну слободу да садржаје кривичноправних одредби које су реципирали из Еклоге и квалитативно мењају, редактори ЗСЉ ипак ни за једно кривично дело нису самоиницијативно прописали смртну казну; задржали су је једино за дело злонамерне паљевине, онако како је она прописана у аналогном члану Еклоге.

Dr Dragan Nikolić

Professor
University of Niš Faculty of Law

MODIFICATIONS OF THE BYZANTINE LAW IN THE SLAVONIC LEGAL CODE "ZAKON SUDNYI LYUDEM"

Summary

The paper analyses the provisions of the oldest Slavonic legal code "Zakon Sudnyi Lyudem" (the Law on the Trial of People) from the 9th century which were made by the process of reception with the modification of the corresponding provisions of the Byzantine Ecloga. Out of 19 articles of this Law which are based on the articles from the Ecloga, 17 of them contain penal norms which regulate the penal protection of other people's property, gender morality, physical integrity of personality, marriage, family and the right of Church asylum. The author has identified three types of modifications: modifications of a linguistic style (the use of words which have a closely related meaning to the words from the Ecloga, or the paraphrase of the text from the Ecloga in one's own words), quantitative modifications (shortening or expansion of the text from the Ecloga) and qualitative modifications (the essential change of the text from the Ecloga). The editors of the Slavonic legal code used qualitative modifications in order to put a mark of their time into their Law, as a personal evaluation of the appropriateness of concrete modifications, and they tried to satisfy the real or assumed needs of their social reality. Many qualitative modifications were conducted with the aim of affirming and establishing Christianity as a newly appropriated official religion in that region, and also with the aim of repressing the heritage of the pagan customary law.

Key words: *Zakon sudnyi lyudem. – Ecloga. – Slavonic law. – Byzantine law. – Reception of law.*

УДК 347:340.134(439)

CERIF: S130

Др Јожеф Салма[*]

О КОДИФИКАЦИОНОМ ИСТОРИЈАТУ МАЂАРСКОГ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА И О НОВОМ МАЂАРСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

У првом делу рада се разматрају основне тенденције развоја кодифи кације мађарског грађанског права у периоду репрезентативног и грађанског друштва. Други део је посвећен новом Мађарском грађанском законику (2013/14), садржају, његовим методима регулисања и односу према ванкодекс ном грађанском законодавству, о временском дејству прихватању теорије о будућем дејству. Истиче се тежња законодавца за потпуношћу, тако да су обухваћене све области грађанског права према пандектном систему лич но право, право привредних друштава, с правом удружења грађана, породич но право, облигационо и наследно право. Према основним начелима, прихвата се начело равноправности странака у грађанскоправним односима, без обзи ра да ли су физичка или правна лица, начело савесности и поштења, забране изигравања права. Породично право је вођено посебним начелима, везаних за заштиту брака, породице и деце. Уговорно право је вођено слободом уговарања уз ограничење добрих обичаја и морала. Деликтно облигационо право је вођено начелом опште забране проузроковања штете другом, начелом потпуности накнаде, како материјалне тако и нематеријалне штете. Уговорна одговор ност је засебно уређена, посебним правилима, тако да се правила деликтног права сходно примењују у тој материји ако посебна правила о уговорној од говорности што друго не предвиђају. Регулишу се и остали извори облигација, неосновано обогаћење, незвано вршење туђих послова, једностране изјаве воље и хартије од вредности. Позивање на наслеђе остварује се по основу уговора о наслеђивању, тестамента и закона. Тестаментарна слобода се ограничава правилима о нужном делу. Прихвата се систем преласка имовине по сили за кона од тренутка смрти оставиоца. Држава наслеђује ако нема ни уговорних, ни тестаментарних нити законских наследника.

---

[*] Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *j.salma@pf.uns.ac.rs*.

Кључне речи: *Историјат кодификације мађарског грађанског права. Коди фикација новог Мађарског грађанског законика. Методи коди фикације. Однос ванкодексних закона и Кодекса. Примена инкорпорационе теорије. Трговинско и грађанско право.*

1. РАЗВОЈНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ

У кодификационој историји мађарског грађанског законодавства, с обзиром на тип кодификација, запажају се два периода.

Први период везан је за епоху тзв. *репрезентативног (сталешког) друштва*, чије се законодавство назива и рано-, односно каснофеудалним типом кодификација. Основна кодификациона карактеристика је у том периоду насталих кодификација у Мађарској да садрже *два типа норми*.

Први тип је тзв. *краљевско декретално право*, тј. зборници краљевских едикта.[1] Садржи и јавноправне и приватноправне норме. То право је у зборницима објављивано по историјском редоследу, при чему доцнији није укидао важење ранијих норми, будући да се нису односили на исту материју, тј. тип правних односа. Називали су се конституционалним, битним законима (*sarkalatos törvények*). То је било слично англосаксонском конституционалном праву, тзв. историјском уставу који није карталног карактера, и састојао се у низу важних закона донетих у различитим периодима. Што значи да кодекс не настаје одједном, у једном систематском акту, већ га чине временски дистанцирани акти.

---

[1] Вид. L. Erdélyi, *Magyarország törvényei Szent Istvántól Mohácsig* (*Закони Мађарске од Св. Стефана до Мохача*), Budapest 1942; Bónis György, *Hűbériség és rendiség a középkori magyar jogban* (*Сталежи у средњовековном мађарском пра ву*), Koloysvár, 1945; Eckhardt Sándor, *Magyar állam és jogtörténet*, Budapest 1946; I. Zajtai, Sur le role du droit romaine dans l'évolution du droit hongrois, у: Studi in memoria di P. Koschaker, II. Milano 1954, 181 211; *ibid*, Beiträge zur Rechtsvergleichung Ausgewählte Schriften, eingeleitet und hrsg. Von K. E. Kreutzer, Tübingen 1976, 16 41; *ibid*,“ L' importance de l'évolution de l'ancien droit hongrois au point de vue de la théorie de sources“, *Revue iunternational de droit comparé*, Paris 22/1970, 477 488; A. Szentirmay, Der Einfluss des byzantinischen Kirchenrechts auf die Gesetzgebung Ungarns im XI. XII Jahrhundert, у: *Jahrbuch der österreichischen Byzantinischen Gesellschaft*, 10/1960; I. von Krajner, *Die ursprüngliche Staatsverfassung Ungarns, seit der Gründung des Königstums bis zum Jahre 1382*, Wien 1872; B. Schiller, *A Hármaskönyv jogforrástana* (*Доктрина Трипартита о изворима права*), Budapest 1902; G. Hamza, Das „Tripartitum“ von István Werbőczy als Rechtsquelle, Bemerkungen zur Rechtsquellenlehre in der europäischen Rechtsgeschichte, у: Iura Antiqua Iura moderna, Festschrift für F. Benedek zum 75. Geburtstag, Pécs 2001, 87 98; *ibid*, Studien über István Werbőczy (hersg. Von Gábor *Hamza* unter mitwirkung von Á. *Boóc* und Cs. *Buzády*) Budapest 2001, 49 63, и др.

Други тип норми је *зборник правних обичаја*.[2] Однос између та два типа норми је такав, да обичајне норме кодекса (у истоветном периоду у француским рано– и каснофеудалним кодексима: *cotumes*, а у немачким земљама: *Gewohneitsrecht*) „бришу“ декратално право. Другим речима, по методу примене, приоритет су имали обичајна правила. Тек ако она нису била у сукобу с декреталним правом, долазило је до његове примене. [3]

Ова структура права (симбиоза јавног и приватног) и метод супсидијарне примене, није била карактеристична само за мађарско право – епохе раног и каснофеудалног друштва Мађарске, већ и свих својевремених држава тадашње Европе. Декретално право Мађарске било је готово конвергентно декреталним правима других европских држава. Савременим језиком кодификационог права, помало неадекватном аналогијом, рекли бисмо да је декретално право било оно што данас називамо заједничким европским правом (*aqui communautaires*). Извор декреталног права је у државној законодавној делатности. То је у фази апсолутне монархије била искључива надлежност краља, тј. монарха. У каснофеудалном развоју, међутим, дошло је до формирања конкурентске законодавне надлежности краљевских едикта у корист репрезентативног парламента и тиме и до ограничења краљевске централне и апсолутне (законодавне) власти. Обичајно право није било израз државне законодавне делатности, оно је настајало изван ње, дугим истоврсним понашањем субјеката права у истим ситуацијама, о чијем садржају и примени је постојала општа свест.

Најзначајнији мађарски кодекс каснофеудалног мађарског права је *Werbőczy* –јев (Вербеци) *Трипартит* (*Tripartitum corpus nostram Hungaricam*)[4] из 1514. године,[5] који је написан на латинском језику, достављен краљу (II. Ulászló, иначе пољског порекла), ради давања краљевске сагласности који је био услов ступања на снагу. Сагласност није дата, стога формалноправно кодекс није ступио на снагу.

[2] Вид. нпр. Mezey Barna, *Magyar Jogtörténet* (*Историја мађарског права*) Osiris Kiadó, Budapest 1997 (с бројним доцнијим издањима), *ius consuetudinarium*, 74.

[3] Упор. Kecskés László, *A polgári jog fejlődése a kontinentális Európa nagy jogrendszereiben* (*Развој грађанског права у великим правним системима континен талне Европе*), HVG/ORAC, Budapest 2009, 42 130.

[4] О историјату: Bónis György, a Hármaskönyv keletkezése és szerkezete (Наста нак и структура Трипартита), у: Werbőczy István, Tripartitum, Latin magyar kétnyelvű kiadás (Трипартит, Двојезично Латинско мађарско издање), репринт издање према издању из 1894, од стране издавача Téka у Будимпешти 1990. године, X XIII.

[5] Поводом 500 година од објављивања Werbőczy јевог Кодекса, у родном ме сту аутора кодекса, у Werböcz у (данас у Украјини), одржано је међународно научно саветовање поводом историјског значаја кодекса, на коме је предавање одржао Gábor Hamza редовни члан Мађарске академије наука.

Али је кодекс у преписима достављен свим судијама у земљи и тако је у судској пракси добио примену, све до грађанског периода. Кодекс је садржавао систематски уређени зборник декреталног права, као и обичајног права, како јавноправног (појам *populus hungarorum*-а) тако и приватноправног карактера (нпр. породица, брак, наслеђе). Са приоритетом примене правила обичајног права. Кодекс је објављен и у Бечу (*Wien*) 1517. године, на латинском језику, а доцније је у *Kolozsvár*-у (данашњи Клуж у Румунији), на мађарском језику. Допуне кодекса (наставци нових обичаја) су објављене под називом *Approbata*. Током времена Вербецијев *Трипартит* објављен је у више од 100 издања на мађарском, али и на већини европских језика, укључив и преводе на хрватски и на српски језик (потоњи 1906. години).

Друга фаза тенденцијалног кодификационог развоја је обележена у *грађанском периоду*, почев од *Széchenyi*-јевог (Сечењи) либералног законодавства тридесетих година 19. века, а посебно почев од грађанске револуције 1848, с идејом о равноправности свих грађана пред законом и укидању привилегија, односно привилегованих права у корист појединих сталежа.

У време Сечењијевог законодавства (до 1834), тада још репрезентативни парламент (*Országgyűlés*), доноси бројне *модернизационе законе* цивилноправног карактера, као што је Закон о рударству, закони о појединим врстама привредних друштава, Закон о експропријацији – с правичном накнадом за одузету непокретност с циљем општег интереса (нпр. изгарање мостова). Од тада *прецедентно право* Врховног суда (*Curka*) добило у правностваралачкој делатности свог „конкурента“, парламент, те долази до раздвајања судске и законодавне власти. У деловима правних односа уређених законом се више не примењују прецеденти врховног суда, већ донети закони. Године 1848. парламент је донео *XV Закон* који *укида феудалне привилегије и предвиђа доношење грађанског законика*. Од 1849. године долази до увођења апсолутне монархије, тако да се на целој историјској територији Мађарске проширује примена Аустријског општег грађанског законика (1811). То је трајало све до 1861. године. Тада је формирана *привремена Земаљска законодавна скупштина* (*Országbírói értekezlet*), која је донела *начела грађанског права* (*Ideiglenes Intézkedések*)[6] са неких 250 параграфа. Важнија норма тог кодекса је конституционалног карактера – према којој мађарски парламент преузима законодавну надлежност. Један од резултата тог привременог кодекса, као и доцније конституционалне Нагодбе из 1867. године био је и *Трговачки законик* из 1875. године

6 Вид. нпр., Mezey Barna, *Magyar Jogtörténet* (*Историја мађарског права*) Osiris Kiadó, Budapest 1997 (с бројним доцнијим издањима), 117.

по узору на немачко трговачко право. Привремени мађарски цивилни кодекс из 1861. године је укинуо примену АОГЗ-а, али је *задржао примену Закона о земљишном књигама* из 1855. године, који је током друге половине XIX века допуњен и измењен одговарајућим законом Мађарске. У области породичног права, које је већим делом регулисано правилима канонског права, *грађански брак* је уведен законом из 1896. године. Карактеристика друге фазе је у *раздвајању цивилноправних од јавноправних прописа*. АОГЗ је у нерегулисаним доменима грађанског права и изван земљишнокњижног права остао дуго у важности, преко *адаптираног прецедентног права* Врховног суда.[7]

Након нагодбе (1867) почели су радови на кодификацији грађанског права. У другој половини XIX века, све до краја тог века, настали су кодекси по *деловима* грађанског права, узев по пандектној систематизацији,[8] осим тзв. општег дела. Тако су настали део кодекса о облигационом праву (*Apáthy*, 1883, по угледу на дрезденски Предлог Облигационог права из 1866, као и на швајцарски ЗОО из 1881), стварног права (*Endre Halmossy*, 1882), породичног права с правима лица (*Benő Zsögöd* 1882), наследног права (*István Teleszky*, 1882, *Szászy Schwary Gusztáv*, 1896). Први *целовити* предлог кодекса настао је 1900. године, који је по угледу на немачки Грађански законик из 1896/1900. године садржавао и општи део. Претходница овог нацрта био је целовити Преднацрт из 1895. године и настала је за време министра правде *Erdélyi Sándor*-а, као резултат рада кодификационе комисије на чијем челу је био *Szászy Schwary Gusztáv*. Предлог МГЗ-а из 1900. године састојао се из четири дела: први – право лица и породице; други – облигационо право; трећи – стварно право, и четврти, наследно право. Доцнији целовити Нацрти (1913,1914), односно Предлог МГЗ (1928 – *Magánjogi törvényjavaslat* – *Szászy Béla*, у облигационоправном делу са значајним утицајем швајцарског законика о облигацијама), насталих током прве половине XX века, нису садржавали општи део, дакле општа правила о правним пословима, већ су та правила обухваћена регулативама општег дела уговорног облигационог права. Ипак, још један изузетак чини пројекат о општем

[7] Вид. нпр. József Szalma, Die Einfluss des ABGB in der Rechtssprechung des ungarischen Obersten Gerichtshofes (Curia), Präzedentien zum Schadenersatz in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, у: Festschrift für Wilhelm Brauneder yum 65. Geburtstag, Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive (Hrsg. Von G. Kohl, Chr, Neschwara und T. Simon, Wien 2008), 671 686.

[8] Вид. нпр., Hamza Gábor, A modern jogrendszerek tagozódása és a római jogi tradíció (Структура модерних правних система и римскоправна традиција), Állam és Jogtudomány, Budapest, бр. 40/2004“ 1 19; *ibid*, Beitrag zur Geschichte des Bürgerlichen Rechts in Ungarn, у: Hundert Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, Entwicklung des Privatrechts im deutschen und Mittel Europäischen Sprachraum seit dem Inkrafttreten des BGB, Budapest, ELTE ÁJK, 2006, 11.

делу Мађарског грађанског законика романисте *Pál*-а *Hoffmann*-а из 1871. године, и *Elek*-а *Győry*-ја, 1880. по угледу на Грађански законик краљевине Саксоније из 1863. године.[9]

Синтетички изражено, док су током друге половине XIX века настали пројекти партикуларних делова МГЗ, у првој половини XX века пак, целовити пројекти кодекса. Но, сви ови нису ступили на снагу, иако су били на завидном кодификационом нивоу. Најзначајнији је међу њима предлог МГЗ-а из 1928. године који је расправљао и парламент и чија су правила примењивана у судској пракси.

У тзв. социјалистичком периоду (тј. у периоду *октроисане административно-дистрибутивне привреде*), припреме за доношење МГЗ започете су 1953. године, кодекс је усвојен у парламенту 1959. године, а ступио је на снагу 1. маја 1960. године. Он је више пута реформисан у периоду до промене система, с покушајем реформе привредног система, нарочито 70-их и 80-их година. Кодекс је носио утицаје Швајцарског закона о облигацијама, Предлога МГЗ-а из 1928. године, као и Грађанског законика Совјетске Русије из 1922. године. По структури, први део су чиниле уводне одредбе, други део је обухватао право лица, без одредаба породичног права које је уређено засебним кодексом из 1952. године, трећи део је садржавао стварно право, четврти део облигационо право, а пети део наследно право. МГЗ из 1959. године је преведен и на српски језик и објављен у едицији страног права Института за упоредно право у Београду.

2. ИНИЦИЈАТИВА ЗА ДОНОШЕЊЕ НОВОГ МГЗ, КОДИФИКАЦИОНИ ПРИНЦИПИ, САДРЖАЈ И СТУПАЊЕ НА СНАГУ КОДЕКСА

2.1. Кодификациони принципи

Након *промене система*, односно преласка с планске на *тржишну привреду* (1988) МГЗ је претрпело преко 100 измена, у периоду до доношења одлуке о рекодифкацији (1998). Ради омогућавања промене система, донети су бројни ванкодексни закони, нпр. Закон о привредним друштвима, Закон о забрани нелојалне конкуренције, итд. Научну иницијативу за поновну кодификацију, прекобројних научних саветовања савеза правника, дали су академици *Attila Harmathy*[10] i *Lajoš Vékás*[11] током 1992/3. године. Образложење је било

---

[9] Вид. у: Gábor Hamza, Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla traditione del diritto romani, Andavira editora, Edicion Santiago de Compostela, 2013, 349, 350.

[10] Вид. нпр. Harmathy Attila, Process of Transition and Commercial Law in central and Eastern Europe, у: Yiegel, Sh Lerner (Hersg. New Developments in International and

да је потребна темељна реформа важећег кодекса, односно његова рекодификација,[12] пошто би пуке партикуларне измене довеле до неконзистентности, што се показало тачним. До пуноправног пријема у ЕУ (2004), Мађарска је хармонизовала и своје приватно и јавно право с дотадашњим комунитарним правом ЕУ.

Комисија за рекодификацију, односно *Главни одбор* је формиран одлуком Владе 1998. године на чијем челу је до довршетка кодекса и усвајања у Парламенту (2014) био академик *Lajos Vékás* редовни професор Правног факултета Универзитета *Eötvös Lóránd* (ELTE ÁJK) у Будимпешти.

Формиран је и четворомесечни *научни часопис* под насловом *Кодификација* (*Kodifikáció*) у коме су објављивани теоријски и практични ставови о начелним и појединим питањима (институтима) кодификације. Објављивана су бројна научна и систематска дела поводом кодификација. Најзначајнији часописи (*Jogtudományi Közlöny*– часопис Мађарске Академије наука за правне науке, *Magyar Jog* – часопис Савеза правника, *Gazdaság és Jog* – Привреда и право и др.), зборници радова правних факултета редовно су објављивали научне и стручне радове и расправе из области цивилне кодификације, односно кодификационе теорије. Такође и земаљска и међународна саветовања цивилиста организовани од појединих факултета у Будимпешти, Мишколцу, Сегедину и др. посвећивали су пажњу тематским проблемима кодификације, нпр. о праву инсолвенције, рекламном праву, праву конкуренције, грађанскоправној одговорности и др., имајући на уму конвергентна (институције), правила европског грађанског права, ЕУ смернице у области цивилног нпр. потрошачког права и др.) и дивергентна обележја цивилног права у поступку хармонизације. Како на будимпештанским, тако и мишколцским саветовањима поред учешћа из Немачке, Аустрије и др., позивани су и професори цивилисти из земаља окружена, нпр. из Србије, Словачке. При рекодификацији вођено је посебно рачуна о начелним ставовима Врховног суда (Курије) и уопште судске праксе.

consumer law, Oxford, 1998, 367 382; *ibid*, Entwicklung des Ungarischen Privatrechts, у: Hundert Jahre Bürgerliches Gestybuch, Entwicklung des Privatrechts im deutschen und Mittel Osteuropäischen Sprachraun seit Inkraftreten des BGB, Budapoest, Eötvös LórándUniversität, Fakultät für Stats und Rechtswissenschaften, 2006, 56 66.

11 Вид. Vékás Lajos, Szükség van e a kereskedelmi magánjogra (Има ли потре бе за засебним трговинским приватним правом), Magyar Jog, Budapest, бр. 4/1998, 705 714.

12 Вид. и József Szalma, Rekodifikation des ungarichjen Bürgerliches gesetybuches beginnend dem Jahre 1998, Annales Universitatis scientiarium Budapestiensis de Rolando Eötvös nominatae, Elte Ájk, Budapest, Tomus XLI XLII/2000 2001, 57 69.

Кодификациони принципи, формулисани од стране председника Главног одбора академика *Vékás*-а,[13] уз учешће главног одбора, објављени у званичном службеном листу (*Magyar Közlöny*) били су: 1. *целовитост* кодификације, тзв. кодексна особина. То је значило да у кодексу треба обухватити све класичне области цивилног права (по пандектном систему), укључив и статусни и динамични део трговачког права, као и породично право који су у периоду почетка кодификације били део посебног законодавства. Међутим, кодекс оставља простор посебном законодавству тамо где је, осим кодексног начелног уређења, потребна ближа ванкодексна законска регулатива. На пример, у области права конкуренције, земљишних књига, радних односа, уговора о раду, ауторског и проналазачког права, и др.; 2. метод *равноправности* је значио да су у цивилноправним односима сви грађани, односно правна лица равноправни, међу њима нема субординативног односа; 3. *слобода уговарања* је значила да су грађани и привредна друштва слободни у закључивању уговора, чије су границе у добрим обичајима и императивним прописима. Следствено, кодекс садржи *диспозитивне норме*, што значи, да примена закона долази до изражаја ако странке другачије не уговоре. Али у области проузроковања штете садржи и императивне норме, као што је она о општој забрани проузроковања штете другом; 4. *заштита права личности и породице*. Повреда личних права се санкционишу обавезом накнаде имовинске и неимовинске штете, као и забраном даље повреде. У кодекс се уводе модернизована правила раније одвојеног Закона о породици и браку, али са засебним уводним начелима; 5. *књижна подела по пандектној систематизацији*. Поједини делови кодекса, нпр. лично право (права личности, статус физичких и правних лица), породично, наследно, облигационо право, су релативно одвојени по појединим књигама; 6. *домаћи и упоредноправни узори*. За основу новог МГЗ послужио је од 1989. године темељно реформисани МГЗ из 1959, затим МТЈ из 1928. и новије такође после 1989. године реформисано или ново донето посебно законодавство: Закон о породици и браку, Закон о привредним друштвима, Закон о земљишним (катастарским) књигама, Закон о забрани нелојалне конкуренције, Закон о јавним бележницима и др. Од иностраних није послужио ниједан, као искључиви узор, већ је вођено рачуна о упоредним кодексима, и њиховим реформама. Посебно, немачког Грађанског законика,[14] реформисаног између 2001–2005. године, нарочито у области облигационих односа, Холандског ГЗ (у области

[13] Вид. Vékás Lajos, Az új Ptk. koncepciója és tematikája (Концепција и тематика новог Грађанског законика), *Magyar Közlöny* (*Службени лист Мађарске*), különszám (посебан број), Budapest 2003. febr. 10.

[14] Вид. Hundret Jahre Bürgerliches Gesetzbuch Entwicklung des Privatrechts im deutschen und Mittel Osteuropäischen Sprachraum seit dem Inkraftreten des BGB (13 14. Oktober 2000), Budapest, Eötvös Loránd Universität, Fakultät für Staats und

књижне поделе), Аустријског општег грађански законика (у последње две деценије са преко 70 измена), у области двострано теретних уговора, предуговорне одговорности, итд.; 7. *хармонизација с европским смерницама*, и картама је извршена у области заштите људских права, у области потрошачких права и др. Поступак кодификације започет 1998. године завршен је почетком 2013. године, усвојен је у парламенту марта 2013, а ступио на снагу 15. марта 2014.[15]

Важнија питања која су дискутована у кодификационој теорији била су постављена око инкорпорације статусног права *привредних друштава*. Било је становишта да ту материју треба оставити у ванкодексном закону о привредним друштвима, због тога што је та материја подложнија променама. Превагло је становиште кодификационе комисије да се та материја ипак унесе у кодекс. У погледу било једностраначких, било обостраначких привредних, односно трговачких уговора одлучено је такође да се инкорпоришу у део књиге о облигацијама, унутар појединих облигационих уговора заједно са грађанскоправним уговорима у ужем смислу. Међу њима су укључени и мешовити уговори као што су факторинг, лизинг, мада је било примедаба да су ти уговори у „развоју", и да их не би требало регулисати. Ти уговори нису унети ни у реформисани немачки BGB. Спорно је било шта и у којој мери треба унети одредбе партикуларног, ванкодексног законодавства. У том погледу је поступљено на различите начине, у зависности од значаја материје за друштво и привреду. На пример, Закон о породици и браку и Закон о привредним друштвима су у целини инкорпорисани, наравно, с одговарајућим модификацијама, тако да су ти закони, ступањем на снагу Грађанског законика престали да важе. За разлику од тих закона, пошто су у кодекс пренета само њихова основна начела као код Закона о евиденцији права на непокретности, остаће у детаљима у важности. Такође, у теорији су изнета међусобно супротстављени теоријски ставови о томе да ли у кодекс треба унети макар основне одредбе уговора о раду. Аргументи у прилог томе били су да важни и велики континентални кодекси (француски Code civil, немачки Грађански законик, BGB, швајцарски Закон о облигацијама редом ре-

Rechtswissenschaften, Bibliotheca Iuridica Acta Congressum, Herausgegeben von Gábor Hamza, Budapest 2006, 131.

15 Вид. нпр., Polgári Törvénykönyv 2013. évi V. törvénykönyv a Polgári Törvénykönyvről (вид. Закон из 2013. године о грађанском законику), Patrocínium, Budapest 2014. У међувремену су објављени бројни и опсежни *коментари* од којих су неки са тзв. огледалом паралелом с одредбама ранијег МГЗ. Вид. нпр., *A polgári törvénykönyv magyarázatokkal* (нови МГЗ с обајшњењима), редакција: Vékás Lajos, сарадник: Gárdos Péter, Complex Wolters Cluwer, Budapest 2013, 1086; A *Polgári Törvénykönyv* (Грађански законик), с поређењем одредаба новог МГЗ а с одредбама МГЗ из 1959, са Законом о привредним друштвима из 2006. и с одребама Закона о породици из 1952; приредио Gárdos Péter, Complex Wolters Cluwer, Budapest 2013, 813.

гулишу уговор о ради и служби (потоњи чак и колективне уговоре), да је уговор о раду цивилноправне природе, Комисија се одлучила да тај уговор не унесе у кодекс, и да га „остави" Закону о раду, који је у међувремену, још пре ступања на снагу ГЗ темељно реформисан.

2.2. Садржај кодекса

Прва књига садржи *уводне одредбе* (од пар.1:1 до пар. 1:6), с принципијелном одредбом да овај закон уређује на основама равноправности основне имовинско– и лично правне односе лица (1:1). Одредбе овог закона треба тумачити у складу с уставом. Грађанскоправни односи се имају тумачити у складу с овим законом (1:2).[16] Закон прописује обавезу поштовања начела савесности и поштења, (1:3). У грађанскоправним односима треба поступити тако како се у датим околностима очекује (1:4). Забрањује се злоупотребу права. (1:5). Ако закон другачије не прописује, законом гарантована права, остварују се правосудним путем. (1:6).

Друга књига садржи одредбе *о човеку као субјекту права* (од пар. 2:1 до пар. 2–55). Први део садржи одредбе о правној способности, други о пословној способности, трећи о правима личности и четврти део о заштити ауторског права и права индустријске својине.

Трећа књига садржи одредбе *о правним лицима* (од пар.3:1 до пар. 3:406). Први део се односи на *општа правила о правним лицима*. Први наслов садржи општа правила, други се односи на оснивање правних лица, трећи на органе и на заступање правних лица, четврти на гарантије за законито функционисање правних лица, пети на промену, раздвајање правних лица, као и на њихов престанак без правног следбеника. Други део регулише правни положај *удружења*. Трећи део обухвата одредбе *о привредним друштвима* са заједничким правилима, појединим врстама као што су холдинг, друштво с ограниченом одговорношћу, акционарско друштво и др. Четврти део регулише *задруге*. Пети део се односи на спајање привредних друшта-

[16] Напомена: Мађарска је донела 25. априла 2011. *нови Устев*. Вид. нпр. Magyarország Alaptörvénye (Устав Мађарске), Patrocinium, Budapest 2013, 1 44. Устав је комбинација *историјског* и *карталног*. Потребно је напоменути, да је Мађарска донела читав низ хармонизованих *прописа у области јавног и приватног права,* као што је Закон о држављанству, Закон о Мађарима који живе у суседним држава ма, Закон о народном плебисциту, Закон о уставном суду, Закон о заштити зачетка, Закон о заштити породице, Закон о правима мањина, Закон о слободи савести и слободи вероисповести, Закон о слободи штампе, Закон о слободи удруживања, За кон о функционисању партија, Закон о слободи окупљања, Закон о функционисању цивилних друштава, Закон о штрајку, Закон о једнаком третману и помоћи ради постизавања једнкаких шанси, и др. Ови закони су продужени делови Устава. Вид. Alkotmányjogi törvénygyűjtemény (Зборник законских прописа из области уставног права), Patrocinium, Budapest, 7 279.

ва. Шести део регулише оснивање, врсте, правни положај фондација. Седми део уређује учешће државе у грађанскоправним односима.

Четврта књига је посвећена регулативама *о породици* (од пар. 4:1 до пар 4:244). *Први део* садржи *основна начела* која се односе на посебну заштиту брака и породице, заштиту интереса деце, о равноправности брачних партнера, о правичности у породици с циљем заштите интереса слабије стране. *Други део* регулише *брак*. Први наслов се односи на настанак брака. Брак настаје сагласном изјавом мушкарца и жене учињеном пред матичарем да између себе закључују брак. Потребно је присуство два сведока. Брак се склапа у званичним просторијама локалне самоуправе, изузев ако су будући брачни партнери тражили, а месни јавни бележник то дозволио, у другој просторији, без присуства јавности. Други наслов се односи на неважност брака. Брак је без дејства, ако су га склопили малодобна лица. Малолетном лицу старијем од 16 година орган старатељства под законом прописаном условима може дати сагласност за закључење брака. Ништав је и брак који је закључен од стране лица која су лишена пословне способности и налазе се под старатељством. Ништав је и брак који је склопљен у стању без способности расуђивања. Ништави су и бракови између сродника у правој линији, брата и сестре, брата брата и сестре сестре (изузев ако за то да сагласност јавни бележник због зачетог детета) и између усвојеника и усвојиоца док траје усвојенички правни однос. Ништав је и брак ако један од брачних другова у време закључења брака остао у ранијем браку. Трећи наслов регулише престанак брака, при чему разлози могу бити смрт један од брачних партнера, на основу судског развода. Пре развода на сопствену иницијативу или на иницијативу суда, пре или за време бракоразводне парнице, ради споразумног решавања спорних питања могу се обратити поступку посредовања. Споразум постигнут у поступку посредовања странке могу унети у акт о судском поравнању. Разлози развода су потпуно и непоправљива поремећеност брачних односа. Сматра се да је то случај када је претходно престала заједница живота и када нема изгледа да се поново успостави. Суд ће развести брак без испитивања околности поремећености брачног односа, ако су странке, развод тражиле дефинитивном неупливисаном сагласном одлуком. Овакав споразумни развод може се остварити уз додатни услов да су се брачни другови претходно споразумели о чувању и васпитању малодобне деце, вршењу родитељских права, о одржавању родитељских веза с дететом од стране родитеља који живи одвојено, о употреби заједничког стана, као и о супружанском издржавању, уколико такав захтев постоји. Код развода брака потребно је имати на уму интересе заједничке деце. Четврти наслов односи се на личне односе брачних партнера, као што је узајамна верност, дужност сарадње и узајамне помоћи. У погледу брачног

живота и породице брачни партнери одлучују сагласно, а у погледу ствари које се тичу личности, самостално, али у интересу породице. Код одлучивања морају имати на уму како интересе деце тако и узајамне интерсе. Место становања брачни партнери одређују сагласно, презиме по избору према закону предвиђеним варијантама (задржати своје, додати презиме партнера, узети презиме партнера). Пети наслов садржи правила о брачном издржавању чије је основно правило да у случају престанка заједнице живота од брачног партнера, у случају развода од бившег брачног партнера може затражити издржавање (бив.) партнер, који сам, без своје кривице, није у стању да се издржава. Шести наслов регулише имовинске односе између брачних партнера. Основно је правило, да брачни партнери могу своје имовинске односе уредити брачно имовинским уговором. Тим уговором брачни другови могу изабрати режим имовине који желе (режим заједничког стицања, режим одвојености имовине). Услов пуноважности поред форме је и сагласност органа старатељства, ако брачни друг није навршио 18 година живота. О закљученим брачно– имовинским уговорима води се земаљска евиденција. Уговор се може модификовати. Уколико брачно-имовинског споразума нема, за време трајања брака, односно заједнице живота, примењују се правила о брачној имовинској заједници, тј. законски режим заједничке имовине. Заједничка имовина престаје ако су је брачни партнери за будуће уговором искључили, ако је суд на захтев било ког партнера, за време постојања заједнице живота укинуо, или када је заједница живота престала. Заједничка имовина се може укинути на основу захтева судским путем, али и споразумно, вансудским путем, путем формалног уговора састављеног пред адвокатом или јавним бележником. Закон садржи детаљне одредбе о коришћењу стана. *Трећи део* регулише породичноправна дејства *партнерске заједнице* (без брака). Основно дејство је у дужности издржавања оног партнера, који након престанка заједнице живота, без своје кривице није у стању да се издржава, као и начин коришћења стана бивших партнера. *Четврти део* уређује *сродство*, односно сродничке везе, посебно патернитетски однос, с правилима о претпоставци, оспоравању и утврђивању очинства, као и правилима о мајчинству. Следе одредбе о *усвајању*. Усвојити се може само малолетно лице, остварује се на основу захтева усвојиоца, сагласности родитеља усвојеника, сагласности брачног партнера усвојиоца, а ако је усвојеник старији од 14 година, и уз његову сагласност. Усвојеник може бити малодобно лице чији родитељи не живе или чији родитељи не могу васпитавати на адекватан начин. Правно дејство усвајања је да је усвојеник у правном положају детета усвојиоца, с дејством и према његовим сродницима. Усвојенички однос престаје ако је усвојилац признао своје очинство пред судом. Усвојенички однос може престати на основу заједничког,

или на основу једностраног захтева. Следе одредбе о *родитељском надзору*. Према основној одредби, малодобно дете се налази под родитељским или старатељским надзором. Надзор се остварује с циљем одговарајућег физичког, психичког и моралног развоја детета, при чему надзор родитељи остварују узајамном сарадњом. Надзор обухвата избор имена, чување и васпитавање детета, располагање имовином детета, законско заступање детета. Начин вршења родитељског надзора, у случају када родитељи живе одвојено, на захтев једног од њих, може уредити суд. У случају одвојеног живота родитеља одвојени родитељ има право на одржавање родитељске везе с дететом. Следеће одредбе су посвећене издржавању између сродника. Наспрам сродника дужност издржавања постоји ако сродник у правој линији побочни сродник првог реда (брат или сестра), и др. немају средстава за живот, без своје кривице. Пети део је посвећен *старатељству*. Основно је правило да се малодобно лице које није под родитељским надзором, ставља под старатељство, при чему пријаву подноси сродник, органу старатељства, са садржајем да је за малодобно лице неопходно успостављање старатељства.

Пета књига садржи одредбе *о стварним правима* (од пар. 5:1 до пар. 5:187). *Први део* је посвећен *поседу*. Први наслов садржи одредбе о поседу и њеној заштити. Прво поглавље садржи правила о стицању и губљењу поседа. Према основним одредбама, поседник је онај који ствар држи као своју, или на основу правног односа који га овлашћује на привремено држање ствари у својој власти. Посед ствари стиче онај који је дошао до стварне власти на ствари. Пренос поседа се остварује на основу споразума о препуштању поседа. Посед се губи ако је поседник обуставио стварну власт на ствари, или ако је власт на ствари стекло неко друго лице. Посед се не губи ако је поседник у вршењу стварне власти на ствари спречен. Смрћу поседника посед стиче наследник или правни следбеник, при чему њихов поседнички положај одређује правни наслов поседа правног претходника. Поседник има право на правну заштиту ако је без правног основа лишен поседа или ако је у свом поседу без правног основа узнемираван (у даљем тексту: забрањена самопомоћ). Против забрањеног самовласног одузимања поседник се може послужити путем самопомоћи, у случају да поседник не располаже другим средствима заштите или ако би коришћење других средстава због губитка времена могло довести до осујећења заштите поседа. У случају забрањеног самовласног одузимања поседа (сметања поседа) може се покренути и парница ради успостављања пређашњег стања поседа, или ради забране даљег сметања. Суд доноси одлуку на основу права на посед. Право лице које је узнемирено у мирном поседу, треба претпоставити. У року од годину дана од сметања, поседник може тражити успоставу пређашњег стања и од јавног бе-

лежника. *Други део* регулише *својинскоправне односе* (од пар. 5:13 до пар. 5:85). Према фундаменталној одредби носилац права својине на предмету својине има попуну и искључиву власт, унутар граница одређених законом и правима других. Власнику припадају посебно, посед, коришћење, прибирање плодова и располагање. Носилац права својине има право да искључи сваки неовлашћени утицај. Објект својине може бити свака ствар који се може узети у посед. Прописи о стварима се сходно примењују на новац и хартије од вредности, као и на природне силе које се могу користити попут ствари. Одредбе о стварима се примењују и на животиње, у складу с одступајућим одредбама који проистичу из њихове природе. Даље се регулишу припадак, прираштај, обим својинског права на непокретности, коришћење земљишта на основу уговора између власника непокретности и власника земљишта, при чему овај уговор према трећима има дејство под условом да су права уписана у земљишне књиге. Надаље се детаљно уређује садржај и заштита права својине, оригинарно (одржај, налаз ствари, стицање на стварима без власника) деривативно (правни посао, јавна дражба, експропријација) стицање права својине. Дивљач и рибе који се налазе у природним водотоцима и водним реципијентима су у власништву државе. Закон садржи детаљне одредбе о предаји, спајању, мешању ствари, у погледу права код доградње, преуређење и изградње на непокретности. *Трећи део* регулише *ограничена стварна права* (од пар. 5:86 до пар. 5:187), посебно *заложно право* на покретним и непокретним старима, о укњижби заложног права на непокретности (хипотека), о потрошачкој залози, о залози на потраживању, о предмету заложног права, о правима и дужностима заложног повериоца и заложног дужника, о евиденцији залоге ради обезбеђења кредита, о рангу заложних права, о остваривању заложних права, о остваривању заложног права изван судског извршног поступка, о престанку залоге. Следе одредбе у праву коришћења, нпр. коришћења земљишта, о плодоуживању. Затим су на реду одредбе о праву службености и о коришћење земљишта у општем интересу. *Четврти део* садржи основне одредбе о *евиденцији права на непокретности* (чл. 5:165.5:185). Прописују се начела о публицитету, начело о стицању путем укњижбе, начело формалности, начело о приоритету, начело о јавном поверењу у укњижена права, као и основна правила о укњижби, предбележби, забележби и рангу приоритета у конкуренцији више субјеката за стицање земљишнокњижних права, правила о исправци, тужбе ради брисања или исправке. Преостала (детаљна) правила остају у важности у домену посебног, банкодексног Закона о евиденцији права на непокретности.

Шеста књига садржи правила *облигационог права* (од пар. 6:1 до пар. 6:590). *Први део* садржи *заједничке одредбе* за све облигације,

као што је појам облигација (обавеза на пружање престације и право на тражење извршења престације), о правнопословној изјави, о заступању, о учешћу више лица у облигацији, о испуњењу облигације. *Други део* обухвата *општа правила уговорног права*, с одредбама о закључењу уговора, о тумачењу уговора, о неважности (рушљивост и ништавост), о дејству уговора, о природним (судски неизвршивим) облигацијама, о испуњењу уговора, о повреди уговора (доцња, испуњење с недостатком, евикција, физички недостаци, јемство), неиспуњење уговора, одбијање испуњења, пропуштање дужних правних изјава, немогућност испуњења. Надаље ту су и одредбе о обезбеђењу извршења облигација, као што су капара, кауција, уговарање губитка права, и најзад, модификација уговора. Следе одредбе о уступању потраживања и преузимању дуга, као и о преносу уговора. Потом следе одредбе о престанку уговора споразумом странака, као и једностраном изјавом. *Трећи део* је посвећен *појединим облигационим уговорима*, како грађанскоправним, тако и привредним, као што су уговори којима се преноси право својине (купопродаја, поклон, размена); разни типови уговора о делу (уговор о пројектовању, уговори о изведби радова, уговор о истраживању, уговор о туристичком путовању, уговор о делу у пољопривреди, уговор о пружању јавних услужних делатности, уговор о превозу ствари). Регулисани су и типови уговора о налогу (посредништво, комисион). Надаље се регулишу разни типови уговора о коришћењу ствари (уговор о закупу, уговор о закупу ствари, о зајму уз накнаду), разни типови уговора о чувању ствари (као што је уговор о остави, уговор о збирној остави, уговор о угоститељској остави). Такође се регулише и уговор о франшизингу, затим уговор о кредиту, о вођењу текућег рачуна, уговор о факторингу, уговор о исплатама преко текућег рачуна, уговор о новчаном лизингу, и други банкарски послови. Уређени су и уговори којима се обезбеђује потраживање, као што је уговор о јемству и уговор о гаранцији. Следе разни типови уговора о осигурању, као што су уговор о одштетном осигурању, уговор о осигурању од одговорности, уговори о осигурању на одређену суму осигурања (као код осигурање живота), уговор о осигурању због несреће на послу, саобраћају. Затим следе правила уговора о доживотном издржавању и уговора о доживотној ренти. Посебно су уређана правила уговора о ортаклуку, као и уговора о заснивању заједнице живота. *Четврти део* посвећен је *одговорности за проузроковање штете*. Најпре се прописују општа правила, као што је општа забрана о проузроковању штете другом и обавеза потпуне накнаде. Кривица се прописује објективно, као одступање од очекиваног понашања у датој ситуацији. Ако што посебно није предвиђено за уговорну одговорност, сходно важе правила деликтног права. Прописују се класични екскулпациони разлози (виша сила, случај, самопомоћ, до-

принос штетника, разне уговорне редукционе клаузуле). У посебне случајеве одговорности закон укључује правила о објективној одговорност, за случај да штета потиче од дејства опасне ствари, одговорност за радње других, одговорност за штету проузроковану од стране лица које није имало способност разумевања у време проузроковања штете, одговорност за штету проузроковану у вршењу јавне дужности (управних и правосудних органа), одговорност за производе, одговорност за штете од зграда, и за штете од животиња. Предвиђена су и правила о обештећењу у случају да је проузрокована штета била сагласна праву. Пети део обухвата једностране изјаве, хартије од вредности, а шести одредбе о неоснованом обогаћењу, незваном вршењу туђих послова, јавно обећање награде, преузимање обавезе у општем интересу.

Седма књига садржи одредбе *о наслеђивању* (од пар. 7:1 до пар. 7:100). Кодекс прихвата систем преласка имовине с оставиоца не његове наследнике по сили закона у тренутку смрти оставиоца, што ће рећи, да је прихваћен систем *hereditas ex lege*, а не систем лежеће заоставштине (*hereditas jacens*). Захтевање заоставштине не застарева. Основи за позивање на наслеђе су тестамент, закон и уговор, при чему ако је оставилац оставио тестамент, приоритет има тестамент. Из наслеђа изостаје онај који није преживео оставиоца, ако је наследник недостојан, кога је оставилац искључио, ко се одрека наслеђа и ко је одбио наслеђе. Закон детаљно уређује наслеђивање по основу тестамента, предвиђајући слободу тестирања, о личном карактеру тестирања. У погледу врсте тестамента закон предвиђа путем јавног тестамента (пред јавним бележником, према прописима о форми јавних бележника), приватног тестамента (мора се саставити у писменој форми, с потписом тестатора), усменом тестаменту (уколико се неко налази у животној опасности, уз присуство два сведока) има места само у случајевима предвиђеним законом. Закон прописује и садржај тестамента, као што је именовање наследника, може садржати одредбу о искључењу, о налогу и др. Имовина која није обухваћена тестаментом, расправља се по законском реду наслеђивања. Ништав је тестамент који је противан моралу, неразумљив или противречан. Услов из тестамента не дира у пуноважност, осим ако се утврди да оставилац тестаментално располагање не би предузео без услова. Тестамент је рушљив ако је написан под маном воље тестатора. Тестамент је опозив под условима форме прописане тестаментом. Тестатор је дужан да поштује одредбе о нужном делу нужних наследника и то у корист деце, брачног друга и родитеља. Уговор о наслеђивању се закључује између оставиоца и наследника уз обавезу наследника да оставиоцу плати доживотно издржавање, пружи негу, а оставилац за случај смрти уступа део или целину његове имовине. Уговор о узајамном наслеђивању између супружника је допуштен. Поклон

за случај смрти ће важити ако поколнопримац преживи оставиоца. Следе правила о законском наслеђивању, и то према наследним редовима – у први спадају потомци на једнаке делове. Гранско наслеђе постоји када не наслеђују потомци, и када је имовина оставиоца настала наслеђем или поклоном усходних сродника, тада наслеђују ту имовину родитељи. Усвојеник наслеђује усвојиоца и његову родбину као дете у крвном сродству. Ако нема тестаментарних нити законских наследника наслеђује држава.

Осма књига (пар. 8:1 до 8:6) састоји се из одредаба *о значењу употребљених израза*, *одредбе о ступању на снагу* (15. март 2014) и одредбе *о уподобљености норми кодекса с нормама ЕУ*.

2.3. Ступање на снагу и будуће дејство

Осим термина ступање на снагу нови МГЗ не садржи ближе одредбе. У међувремену, у марту 2013. је оглашен (иначе ступио на снагу истовремено са ГЗ), опсежан *Закон о спровођењу МГЗ-а*.[17] Опште је правило које је овим законом усвојен јесте *будуће дејство* закона, тј. примена на оне грађанскоправне односе који су настали после ступања на снагу и принцип забране *ретроактивности*. Закон садржи одредбе о ступању на снагу по појединим књигама, односно поглављима, те међу тим одредбама има и оних који се односи на примену тзв. доктрине о *тренутном ступању на снагу*, уколико је поводом неког правног односа започет поступак по ранијем, а протеже се на време ступања на снагу новог грађанског законика. На пример, у започетим поступцима поводом старатељства треба примењивати нови МГЗ. У погледу права личности се такође прихвата будуће дејство. То вреди и за облигационе односе – на њих се примењују прописи ранијег МГЗ. Нови МГЗ примењује се на облигације настале после ступања на снагу новог МГЗ-а. Усаглашавање статута односно уговора о оснивању привредних друштава и њихова поновна регистрација мора се обавити код надлежног регистарског суда до 15. марта 2016. Закон о спровођењу МГЗ предвиђа укидање неких важећих закона, нпр. Закона о привредним друштвима и Закона о породичним односима. Такође предвиђа и обавезу усклађивања неких ванкодексних цивилних закона који су делом или у целини остали на снази.

---

[17] Вид. 2013. évi CLXXVII. Törvény a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény hatálybaléptetésével összefüggő átmeneti és felhatalmazó rendelkezésekről (Закон о ступању на снагу, МГЗ, о прелазним и овлашћујућим одредбама од 2013), *Magyar Közlöny* (*Службени лист*), бр. 185/13. од 8. новембра 2013.

3. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Рад је написан с циљем да се анализирају основна начела законика, методи кодификације, систем и основе садржаја као и временско важење (ступање на снагу) новог Мађарског грађанског законика од 2014. године, хармонизација правила кодекса с европским смерницама у области цивилних права.

У првом делу рада се разматрају основне тенденције развоја кодификације мађарског грађанског права у периоду репрезентативног и грађанског друштва. Други део је посвећен новом Мађарског грађанском законику 2013/14, садржају, његовим методима регулисања и односу према ванкодексном грађанском законодавству – уз прихватање теорије о будућем дејству. Истиче се тежња законодавца за потпуношћу, тако да су обухваћене све области грађанског права према пандектном систему – лично право, право привредних друштава, с правом удружења грађана, породично право, облигационо и наследно право. Према основним начелима, прихвата се начело равноправности странака у грађанскоправним односима, без обзира да ли су физичка или правна лица, начело савесности и поштења, забране изигравања права. Породично право је вођено посебним начелима, везаних за заштиту брака, породице и деце. Уговорно право је вођено слободом уговарања уз ограничење добрих обичаја и морала. Деликтно облигационо право је вођено начелом опште забране проузроковања штете другом, начелом потпуности накнаде, како материјалне тако и нематеријалне штете. Уговорна одговорност је засебно уређена, посебним правилима, тако да се правила деликтног права сходно примењују у тој материји ако посебна правила о уговорној одговорности што друго не предвиђају. Регулишу се и остали извори облигација, неосновано обогаћење, незвано вршење туђих послова, једностране изјаве воље и хартије од вредности. Позивање на наслеђе остварује се по основу уговора о наслеђивању, тестамента и закона. Тестаментарна слобода се ограничава правилима о нужном делу. Прихвата се систем преласка имовине по сили закона од тренутка смрти оставиоца. Држава наслеђује ако нема ни уговорних, ни тестаментарних нити законских наследника.

Dr Jožef Salma

Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

ON THE HISTORY OF CODIFICATION OF HUNGARIAN CIVIL LAW AND THE NEW HUNGARIAN CIVIL CODE

Summary

The first part of the paper examines the basic tendencies in the development of the codification of Hungarian civil law in the period of representative and civil society. The second part deals with the new Hungarian Civil Code (2013/14) its content, methods of regulation and its relation to other civil legislation, temporal validity with the adherence to the idea of validity pro futuro, as well as its tendency to harmonize its norms with the guidelines of the European civil law. In accordance with the idea of completeness, the lawmakers incorporated all of the areas of civil law acording to the pandecta system – personal law, corporate law with civil asociation law, family law, obligations and inheritance. The Code is based on the principle of equality of parties in civil relations, the principle of good faith, fraus legis prohibition. Family law is based on specific principles of protection of mariage, family and children. Contract law is based on the freedom of contract, limited by good customs and morality. Tort law is guided by the principle of prohibiting the harm to others, full compensation of material and imaterial damages. Contractual responsability is regulated separately, so that the tort rules apply if the specific rules of contractual resposability donot say otherwise. Other grounds for obligations are also regulated, as well as unjustified enrichment, doing business without order or authority, unilateral expression of intention and securities. The grounds for inheritance are contractual, statutory or based on the will. Freedom of disposition by will is limited by statutory rules regulating the forced share. The system of transfer of property ex lege after the death is adopted. The state is a successor if there are no testamentary, statutory or contractual inheritors.

Key words: *History of codification of Hungarian Civil law. – The codification of the new Hungarian Civil Code. – Methods of Codification. – Relation between laws and the Code. – Application of Incorporation Theory. – Corporate and civil law.*

УДК 343.53:336.722.24

CERIF: S149

Др Игор Вуковић[*]

Др Мирјана Радовић[**]

ПРАВНО-ПОЛИТИЧКО ОПРАВДАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА КОРИШЋЕЊА ПЛАТНИХ КАРТИЦА БЕЗ ПОКРИЋА

У овом раду аутори разматрају правно политичке разлоге за прописивање кривичног дела коришћења платних картица без покрића (Кривични законик, чл. 228, ст. 1). У првом делу рада се објашњава ratio legis *овог дела, из кога произлази да коришћење платне картице без покрића заслужује да буде кривично санкционисано само када на основу употребе картице издавалац стиче самосталну обавезу плаћања према трећем лицу изван уговора с имаоцем картице. Насупрот томе, кажњавање не заслужују случајеви употребе дебитних картица на продајним местима трговаца, односно банкоматима других банака, где издавалац преко ауторизације (одобрења) трансакције плаћања непосредно учествује у сопственом преузимању обавезе према трећем лицу. Други део рада је посвећен критичкој анализи обележја бића овог кривичног дела у важећем српском праву. У том погледу аутори указују на поједина одступања и нејасности из угла објашњене сврхе инкриминације. На основу свестраног разматрања питања од значаја за ширину криминалне зоне у овој области, у завршном делу рада аутори дају одговарајуће предлоге* de lege ferenda.

Кључне речи: *Дебитне картице. Кредитне картице. Ауторизација (одобрење) плаћања. Превара. Злоупотреба поверења.*

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *igorvu@ius.bg.ac.rs*.

[**] Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *mirjanam@ius.bg.ac.rs*.

1. УВОД

Платне картице као посебан инструмент плаћања представљају плод банкарске праксе.[1] Од њиховог настанка средином 50-их година прошлог века до данас оне су постале у тој мери распрострањене, да су по броју трансакција плаћања потиснуле друге инструменте и начине плаћања, попут чекова. Наведени тренд масовног коришћења платних картица указује на њихов велики значај за одвијање банкарског платног промета, а тиме и за многобројне кориснике банкарских платних услуга. Управо из тог разлога, након више деценија неспутаног развоја у банкарској пракси, платне картице су почетком XXI века постале предмет појачаног интересовања законодавца. У том погледу, правни системи настоје да пруже свестрану регулативу, како би се заштитио не само правни промет уопште, а посебно безготовински платни промет, него и интереси трговаца, банака, издавалаца и ималаца платних картица.

Регулатива платних картица је начелно двојака. С једне стране су усвојени приватноправни механизми за заштиту учесника у издавању и коришћењу платних картица, док, с друге стране, постоји и кривичноправни одговор на савремене изазове платних картица. У кривичноправном смислу поједине врсте злоупотреба у вези с платним картицама се санкционишу као кривична дела фалсификовања и злоупотребе платних картица (чл. 225 Кривичног законика)[2] и издавања чека и коришћења платних картица без покрића (чл. 228 КЗ). У овом раду ће нарочита пажња бити посвећена основном облику другонаведеног дела, код кога ималац картице „користи дебитну платну картицу за коју нема покриће или користи кредитну платну картицу за коју не обезбеђује покриће у уговореном року, па тиме себи или другоме прибави противправну имовинску корист" већу од десет хиљада динара (ст. 1), односно већу од сто хиљада динара (ст. 3). При том, анализа кривичног дела коришћења платних картица без покрића има за циљ да испита криминално-политичко оправдање и смисао његовог инкриминисања, како би се дошло до релевантних закључака *de lege ferenda*.

---

[1] Christian Koch, *Bankrecht: Grundlagen der Rechtspraxis* (Hrsg. R. Fischer, T. Klanten), RWS, Köln 2010[4], 746; Hans Peter Schwintowski, *Bankrecht*, Carl Heymanns, Köln 2011[3], 258; Hartmut Strube, *Handbuch des Fachanwalts: Bank und Kapitalmarktrecht* (Hrsg. P. H. Assies, D. Beule, H. Strube), Carl Heymanns, Köln 2010[2], 253.

[2] Кривични законик КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12 и 104/13.

2. *RATIO LEGIS* КРИВИЧНОГ САНКЦИОНИСАЊА КОРИШЋЕЊА ПЛАТНИХ КАРТИЦА БЕЗ ПОКРИЋА

Санкционисање коришћења платних картица без покрића механизмима кривичног права није неспорно. Издаваоци картица поседују одговарајуће уговорне механизме за заштиту својих интереса, укључујући ту и могућност провере кредитне способности клијената, која претходи издавању картице, као и право на блокаду или одузимање картице у уговореним случајевима. Стога не изненађују опаске да се овде заправо ради о кажњавању онога ко не извршава своје уговорне обавезе,[3] што доводи у питање неопходност кривичноправне реакције, као начелно акцесорне грађанскоправним моделима заштите. Ове сумње су још више појачане технолошким развојем у области безготовинског плаћања, где је сваку трансакцију технички могуће тако условити, да се покриће имаоца картице односно лимит његовог задуживања може електронски проверити готово моментално.[4] Стога се оправданост инкриминисања коришћења платних картица без покрића у српском кривичном законодавству може утврдити само на основу правилног схватања *rationis legis* ове кривичноправне одредбе. У том смислу се на првом месту поставља питање, који је намеравани објект заштите овог кривичног дела. Чини се да у ситуацији коришћења платне картице без покрића у обзир долазе следећа три потенцијална објекта заштите: а) безготовински платни промет, б) имовина трећег лица (трговца, односно банке која управља банкоматом), и в) имовина издаваоца платне картице.

а) На први поглед се чини да се непосредна сврха кривичног санкционисања коришћења платних картица без покрића огледа у потреби за нарочитом заштитом *безготовинског платног промета*.[5] Коришћење платне картице без покрића представљало би тако деликт својеврсног апстрактног угрожавања функционисања безготовинског платног промета. У прилог томе говори и систематско тумачење Кривичног законика, који је ово дело сврстао међу кривична дела против привреде, из чега произлази да је њиме непосредно заштићена привреда, конкретизована кроз безготовински платни промет као опште добро. Ипак, ближа анализа начина функционисања коришћења платне картице без покрића доводи у сумњу такво тумачење. Наиме, приликом употребе платне картице без покрића за безготовинско плаћање робе или услуга трговац по правилу стиче апстрактно

[3] Gerhard Fiolka, *Strafrecht II. Art. 111 392 StGB. Basler Kommentar* (Hrsg. M. A. Niggli, H. Wiprächtiger), Helbing Lichtehahn, Basel 2007[2], 579.

[4] Henning Radtke, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4* (Hrsg. R. Hefendehl, O. Hohmann), C. H. Beck, München 2006, 564 565.

[5] Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C. H. Beck, München 2011[58], 1982.

новчано потраживање према издаваоцу картице, који је следствено томе дужан да му плати износ трансакције, немајући право да истакне приговор да не постоји покриће.[6] Отуда је чињеница непостојања покрића ирелевантна за трговца, па представља само интерни проблем између издаваоца и имаоца (корисника) картице. Будући да издавалац има могућност да овај проблем реши у непосредном односу с клијентом, било тако што ће му одузети или блокирати картицу, или тако што ће захтевати неко додатно средство обезбеђења свог потраживања према имаоцу картице, чини се да је безготовински платни промет тиме довољно заштићен од евентуалних крахова, односно сметњи у одвијању. Због тога се већински сматра да коришћење платне картице без покрића не угрожава одвијање безготовинског платног промета, па он свакако није непосредан, већ евентуално само посредан објект заштите овог кривичног дела.[7]

б) Из претходне анализе недвосмислено произлази да ово кривично дело нема за непосредан циљ ни заштиту имовине *трговца*, као лица које прихвата плаћање путем платне картице за испоручену робу, односно пружене услуге. С обзиром на то да трговац у тренутку употребе платне картице на продајном месту по правилу стиче самостално, апстрактно новчано потраживање према издаваоцу картице, наплата дугованог износа из основног посла (између трговца и имаоца картице) тиме је довољно обезбеђена. Према томе, употреба картице без покрића редовно не угрожава имовину трговца, па она не може бити непосредан објект заштите овог кривичног дела. Исто важи и за имовину *банке* која управља банкоматом, имајући у виду да та банка на основу готовинске исплате имаоцу картице преко банкомата, такође стиче самостално и апстрактно потраживање накнаде трошкова и провизије од издаваоца платне картице, чије је остварење независно од постојања покрића у односу између издаваоца и имаоца картице.[8] Сходно томе, ни имовина банке која управља банкоматом не може да се тумачи као објект заштите кривичног дела коришћења платних картица без покрића.

---

[6] Stefan Grundmann, *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn Handelsgesetzbuch. Band 2. §§ 343 475h. Transportrecht, Bank und Börsenrecht* (Hrsg. D. Joost, L. Strohn), C. H. Beck Franz Vahlen, München 2009[2], 1585, 1601, 1608; C. Koch, 758; H. Strube, 260; Stefan Werner, *Bank und Kapitalmarktrecht* (Hrsg. S. Kümpel, A. Wittig), Otto Schmidt, Köln 2011[4], 1096, 1111.

[7] Овај, дуалистички постулиран модел заштите заступају многи аутори (вид. нпр. T. Fischer, 1982; Karl Lackner, Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C. H. Beck, München 2011[27], 1322). Супротно становиште полази од тога да ово дело искључиво штити имовину издаваоца картице, јер се тешко може тврдити да појединачна злоупотреба платне картице може и апстрактно угрозити платни промет (тако нпр. G. Fiolka, 579; Urs Kindhäuser, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 2* (Hrsg. U. Kindhäuser, U. Neumann, H. U. Paeffgen), Nomos, Baden Baden 2005[2], 4923; H. Radtke, 563).

[8] S. Werner, 1104, 1105.

в) Из свега наведеног произлази да непосредан објект заштите овог дела представља имовина *издаваоца платне картице*,[9] будући да ималац користи картицу за коју нема покриће код издаваоца, односно за коју не намерава да издаваоцу пружи покриће у уговореном року. Међутим, чињеница да између имаоца и издаваоца картице постоји непосредан уговорни однос, заснован на уговору о издавању и коришћењу платне картице,[10] доводи у сумњу оправданост кривичног санкционисања повреда уговорних обавеза имаоца картице. Посматрано из угла криминалне политике, сасвим је неуобичајено да се уговорни захтеви (у овом случају издаваоца картице) штите прописивањем кривичне одговорности дужника (у овом случају имаоца картице), који не испуњава своје уговорне обавезе. Ипак, упркос начелној неоправданости увођења кривичне уз уговорну одговорност, употреба платне картице показује одређене специфичности, које захтевају увођење изузетка од тог принципа. У том погледу треба разликовати ситуације када у процесу конкретне употребе платне картице учествују само два лица, од ситуација када у њему учествује три или више лица.

С једне стране, ако употреба платне картице без покрића подразумева искључиво *двострани однос* између имаоца и издаваоца картице као непосредних сауговарача, она означава типичан случај повреде уговорних обавеза, који у складу с објашњеним криминалнополитичким принципом не треба да буде додатно, кривично санкционисан. Такав случај би, примера ради, постојао ако би ималац употребио картицу за подизање готовине на банкомату банке издаваоца.[11] Пошто се ради о искључиво двостраном односу између сауговарача из уговора о издавању и коришћењу платне картице овде нема појачане потребе за нарочитом кривичноправном заштитом имовине издаваоца картице.[12]

Исто важи и у погледу оних тространих односа (издавалац картице – корисник картице – трговац, односно банка), код којих употреба картице не води настанку *самосталне обавезе* издаваоца картице према трећем лицу. У том случају ће издавалац такође бити слободан да одбије плаћање због непостојања покрића, те његова имовина неће бити изложена посебном ризику који би захтевао кривичноправну интервенцију. Тако, примера ради, на основу употребе платне

[9] T. Fischer, 1982; Theodor Lenckner, Walter Peron, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (Hrsg. A. Schönke, H. Schröder), C. H. Beck, München 2001[26], 2208; H. Radtke, 563.

[10] S. Grundmann, 1599; C. Koch, 783; Swen Scholtyssek, *Bank und Kapital marktrecht: Handbuch für Fachanwaltschaft und Bankpraxis* (Hrsg. E. M. Theewen), Bank Verlag Medien, Köln 2010, 431.

[11] Вид. U. Kindhäuser, 4928.

[12] H. Radtke, 573 574.

картице на даљину (попут плаћања кредитном картицом преко интернета) не настаје самостална обавеза издаваоца картице да трговцу плати износ који му ималац картице дугује из основног посла.[13] Према томе, у овом случају нема ни оправдања за прописивање кривичне одговорности ради заштите имовине издаваоца картице, јер је за решавање проблема у вези са покрићем довољно ослањање на уговорну одговорност у односу између издаваоца и имаоца картице.

С друге стране, ако употреба платне картице без покрића укључује *три (или више) лица*, имовина издаваоца картице може да буде угрожена на специфичан начин, у ком случају постоји оправдање за њену посебну заштиту механизмима кривичног права. Употреба платне картице уз учешће најмање три лица постоји када се картица користи за безготовинско плаћање робе или услуга, где поред имаоца и издаваоца картице учествује и трговац који продаје робу или пружа услуге, као и када се картица користи на банкомату банке која није издавалац картице, где се осим издаваоца и имаоца картице појављује и банка која управља конкретним банкоматом. У наведеним ситуацијама је имовина издаваоца картице угрожена само под условом да се употребом картице заснива самостална новчана обавеза издаваоца према трећем лицу, изван уговора о издавању и коришћењу платне картице.[14]

Из изложеног можемо закључити да оправданост кривичног санкционисања коришћења платне картице без покрића ради заштите имовине издаваоца картице, иако није неспорна, може да постоји само када на основу употребе картице издавалац стиче самосталну обавезу плаћања према трећем лицу изван уговора с имаоцем картице. У том случају, корисник платне картице има правну могућност да обавеже издаваоца према трећем лицу (у спољном, екстерном односу), без обзира на ограничења правне допуштености таквог поступања установљена уговором о издавању и коришћењу картице (у унутрашњем, интерном односу).[15] Другим речима, издавањем платне картице кориснику је омогућено да заснива пуноважне обавезе издаваоца према трећим лицима (трговцима, односно банкама које управљају банкоматом), чак и када му је то, због непостојања

[13] Код трансакција на даљину ризик је на трговцу, с обзиром на то да му издава лац картице може одбити плаћање испоручене робе или услуга. Упор. S. Grundmann, 1615; C. Koch, 757 758; H. Strube, 279; Michael Weis, *Bank und Kapitalmarktrecht: Handbuch für Fachanwaltschaft und Bankpraxis* (Hrsg. E. M. Theewen), Bank Verlag Medien, Köln 2010, 440.

[14] T. Fischer, 1983, 1986.

[15] Helmut Baier, „Konsequenzen für das Strafrecht bei Abschaffung des Euros checkverkehrs“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 10/2001, 454; T. Fischer, 1985 1986; U. Kindhäuser, 4926; Volker Krey, Uwe Hellmann, *Strafrecht Besonderer Teil. Band 2. Vermögensdelikte*, Kohlhammer, Stuttgart 2002[15], 316, 319.

покрића, забрањено у непосредном уговорном односу са издаваоцем.

Претходна анализа показује да се *ratio legis* кривичног санкционисања коришћења платних картица без покрића огледа у потреби за посебном заштитом имовине издаваоца картице од системског ризика злоупотребе правне могућности имаоца картице да у име издаваоца преузима обавезе према трећим лицима. Сходно томе, основно оправдање инкриминације представља незаштићеност издаваоца картице, који од момента предаје картице кориснику до истека периода њеног важења не може да утиче на заснивање обавеза у његово име према трећим лицима. У складу са тим, кривична одговорност не би требало да постоји ако у конкретном случају коришћења платне картице без покрића издавалац није био незаштићен, већ је, напротив, непосредно учествовао у заснивању своје обавезе према трећем лицу. Отуда се, поред околности да ли се ради о двостраном или тространом правном односу, као допунски критеријум издваја и околност да ли се трансакција обавља у *on-line* или *off-line* режиму.[16] *On-line* режим ауторизације је карактеристичан за дебитне платне картице, где банка издавалац у поступку одобравања трансакције плаћања на основу употребе дебитне картице на продајном месту проверава постојање покрића, и тиме прихвата сопствено апстрактно обавезивање према трговцу.[17] Како је овим механизмом провере издавалац картице потпуно заштићен, правно-политички је сумњиво подвођење ауторизованих трансакција под криминалну зону.[18] Отуда би коришћење дебитне платне картице у условима ауторизације трансакције плаћања могло да представља само неподобан покушај дела из чл. 228, ст. 1 КЗ, који би према запрећеној казни био некажњив.[19]

---

16 H. Radtke, 571, 573.

17 Код сличних (тзв. *Point of sale/electronic cash*) трансакција, терминал на којем се плаћају роба или услуге опремљен је читачем, који електронски очитава податке са картице, које даље прослеђује банци издаваоцу на одговор. Више вид. S. Grundmann, 1594; C. Koch, 778; Frank van Look, *Bank und Börsenrecht für Studium und Praxis* (Hrsg. C. P. Claussen), C. H. Beck, München 2008[4], 195.

18 T. Fischer, 1984; H. Radtke, 565.

19 Вид. чл. 31 у вези са чл. 30, ст. 1 КЗ. С обзиром на изнету сумњу у погледу оправданости кажњавања ових ситуација, овакво законско решење изгледа логично, али би остао проблем кажњавања за неподобан покушај тежег облика, ако је учи нилац покушао да прибави имовинску корист у износу преко сто хиљада динара (чл. 228, ст. 3 КЗ). Ако би се овај новчани износ протумачио као квалификаторна околност која мора да буде обухваћена умишљајем учиниоца, неподобан покушај прибављања имовинске користи преко сто хиљада динара би због запрећене казне постао кажњив.

3. СПОРНА ОБЕЛЕЖЈА БИЋА КРИВИЧНОГ ДЕЛА КОРИШЋЕЊА ПЛАТНИХ КАРТИЦА БЕЗ ПОКРИЋА ПРЕМА СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ

Како нам се чини, начин прописивања кривичног дела коришћења платних картица без покрића показује недовољно уважавање специфичности и начина функционисања платних картица од стране законописца. Имајући у виду анализирану сврху и смисао инкриминације, потребно је подробније испитати неколико спорних обележја овог дела.

3.1. Платна картица као објект радње

Начелно, објект радње кривичног дела коришћења платних картица без покрића је платна картица. Законодавац је овај појам конкретизовао тако да су њиме обухваћене дебитне и кредитне картице.[20] Међутим, већ смо видели да је кривично санкционисање коришћења *дебитних картица* без покрића криминално-политички неоправдано, с обзиром на то да се њихова употреба врши у *on-line* поступку, у коме издавалац непосредно одобрава (ауторизује) трансакцију на основу провере картице, личног идентификационог броја (*personal identification number*, *PIN*), оквира располагања и покрића,[21] након чега се рачун имаоца картице терети непосредно. Из тога произлази да у конкретним случајевима употребе дебитне картице на продајним местима трговаца, односно банкоматима других банака, издавалац није незаштићен, односно изложен системском ризику злоупотребе правне могућности имаоца картице, већ, напротив, преко ауторизације непосредно учествује у сопственом преузимању обавезе према трећем лицу.[22] Утолико се трансакције дебитним картицама у исходу приближавају двостраним моделима, пошто издава-

[20] Поред дебитних и кредитних картица у пракси је могуће издавање и тзв. унапред плаћених картица, које се метафорички означавају као „електронски нов чаник“ (више вид. Ross Cranston, *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, New York 2005^2, 267; S. Grundmann, 1598; C. Koch, 784; F. v. Look, 197; Thomas Pfeiffer, „Die Geldkarte Ein Problemaufriß“, *Neue juristische Wochenschrift* 16/1997, 1036; S. Werner, 1109). Приликом „пуњења“ електронског новчаника на банкомату ималац картице унапред пружа издаваоцу покриће за будуће трансакције плаћања инициране употребом те картице, због чега коришћење ових картица „без покрића“ на продајним местима трговаца представља *contradictio in adjecto*. У том смислу је њихово изузимање из домена примене овог кривичног дела логично и оправдано. Осим тога, евентуална злоупотреба ових картица на банкомату приликом пуњења почива на искључиво двостраном односу између издаваоца и имаоца картице, због чега ни тај случај није оправдано санкционисати у оквиру посебног кривичног дела коришћења платних картица без покрића (вид. T. Fischer, 1984; H. Radtke, 569).

[21] T. Fischer, 1983; C. Koch, 778.

[22] T. Fischer, 1983 1984.

лац картице има пуну контролу над спровођењем трансакције, коју, у случају да рачун имаоца нема покриће, може и одбити.[23] Следствено томе, у складу с објашњеним разлозима за инкриминацију овог дела, не постоји криминално-политичко оправдање за кривично санкционисање коришћења дебитних картица без покрића.

С друге стране, прописивањем кредитних картица као могућег објекта радње овог кривичног дела законодавац није појаснио да ли су тим појмом обухваћене само *универзалне* (нпр. *MasterCard*, *VISA*, *Diners Club*, *American Express*) или и тзв. *посебне кредитне картице*, које сами трговци издају својим клијентима (муштеријама) како би им омогућили одложено плаћање робе или услуга у својим радњама.[24] Иако се у привредном пословању посебне картице сматрају подврстом кредитних картица, у основи се и овде ради о двостраном односу, који омогућава да се у радњама трговца – издаваоца картице испоручи роба (пружи услуга) без потребе да се сваки пут проверава кредитна способност корисника.[25] Како у овом моделу издавалац картице не гарантује другоме плаћање, већ сам врши чинидбу, полазећи од *rationis legis* инкриминације, већинско схватање заступа став о ограничавању овог дела само на универзалне кредитне картице, код којих поред издаваоца и имаоца картице у процесу употребе учествује и трговац, односно банка која управља банкоматом.[26] Евентуално коришћење посебних кредитних картица без покрића сматрало би се кривичним делом преваре.[27]

Мањинско становиште полази од тога да посебне кредитне картице такође могу бити објект заштите овог кривичног дела.[28] Основни аргумент његових заступника представља околност да се кривично дело преваре, под које би се неовлашћено коришћење посебних картица имало подвести према претходном моделу, кажњава строже,[29]

---

[23] G. Fiolka, 583.

[24] Michael Brindle, Raymond Cox (eds.), *Law of Bank Payments*, Sweet & Maxwell, London 2004[3], 217; Steve Cornelius, „The Legal Nature of Payment by Credit Card", *South African Mercantile Law Journal* 2/2003, 153; S. Grundmann, 1605; H. Strube, 262. Упор. Стеван Шогоров, *Банкарско право*, Факултет за европске правно политичке студије Службени гласник, Београд Сремска Каменица 2009[3], 137.

[25] U. Kindhäuser, 4925; T. Lenckner, W. Peron, 2209.

[26] У том смислу Jörg Eisele, Frank Fad, „Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Missbrauch kartengestützter Zahlungssysteme", *Juristische Ausbildung* 5/2002, 311; T. Fischer, 1984; U. Kindhäuser, 4925; T. Lenckner, W. Peron, 2209; Johannes Wessels, Thomas Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, C. F. Müller, Heidelberg *et al.* 2013[36], 430 431.

[27] U. Kindhäuser, 4925; V. Krey, U. Hellmann, 324.

[28] Вид. нпр. E. Hilgendorf, 135. Ово схватање је владајуће у швајцарској док трини (вид. G. Fiolka, 582).

[29] Сличан однос ова два дела на плану кажњивости постоји и у српском пра ву, тако да је изнета аргументација актуелна и код нас. Док је за основни облик

иако на плану невредности понашањā суштинских разлика између коришћења универзалних и посебних картица – нема. Осим тога, ако се основ привилеговања коришћења платне картице без покрића у односу на превару види у својеврсном самоугрожавању издаваоца картице, властитим омогућавањем да ималац картице своје овлашћење злоупотреби,[30] онда изгледа оправдан приговор мањинског схватања да околност да се ради о специјалној кредитној картици не заслужује вишу казну. И код посебне кредитне картице, слично универзалној, постоји моменат самоугрожавања и изигравања поверења од стране њених ималаца. Такође, ово схватање, рекло би се, више одговара језику норме, с обзиром на то да законски опис чл. 228 као технички термин користи појам „кредитне картице", не правећи разлику између њених појединих подврста. Најзад, разликовање двостраних и тространих (односно вишестраних) система односа, као претпоставка смисленог разликовања, није тако једноставно. У области платних картица долази до све сложенијих, мешовитих форми уговарања, које не би било лако подвести под један или други модел,[31] што би разликовање универзалних и посебних картица на плану дејстава још више искомпликовало.

И поред снажних аргумената мањинског становишта, чини нам се да већинско схватање, полазећи од изнетих аргумената који се односе на правно-политичко оправдање инкриминације, ипак заслужује предност. Како код посебних кредитних картица постоји искључиво двострани, непосредни однос између трговца-издаваоца и имаоца картице, евентуална повреда уговорних односа не заслужује кривичноправну реакцију. Умесан приговор, да се тиме ствара неутемељено разликовање универзалних и посебних картица у погледу кажњавања, могао би се отклонити на плану одмеравања казне, тако што би у случају кажњавања за превару суд узео у обзир и распон из чл. 228 КЗ.[32]

3.2. Коришћење платне картице као радња извршења

Законодавац прописује „коришћење" платне картице као радњу извршења, ближе не појашњавајући шта овај појам подразумева.[33]

коришћења платне картице без покрића прописана новчана казна или затвор до три године, превара се у основном облику (чл. 208 ст. 1 КЗ) кажњава затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.

30 Тако Eric Hilgendorf, „Grundfälle zum Computerstrafrecht", *Juristische Schulung* 2/1997, 4925.

31 На могуће компликовање правних односа (нпр. укључивање банке трговца, тзв. *Vier Partner System*) указују и K. Lackner, K. Kühl, 1323. Овај четворострани модел је данас штавише владајући (вид. J. Wessels, T. Hillenkamp, 431).

32 U. Kindhäuser, 4925, 4928; J. Wessels, T. Hillenkamp, 431.

33 Корисник платне картице у смислу овог кривичног дела може бити само њен овлашћени ималац, а не и онај ко ју је од имаоца добио и злоупотребио, осим

Начелно, платне картице могу да се користе на продајном месту трговца, на банкомату (банке издаваоца или неке друге банке) и на даљину (нпр. за плаћања преко интернета, телефона или код каталошких поруџбина). Имајући у виду да се основна функција платних картица огледа у безготовинском плаћању роба или услуга, законодавац је приликом прописивања овог дела превасходно имао у виду коришћење на *продајном месту трговца*. Такво тумачење је у складу и с објашњеним разлозима инкриминације, будући да приликом употребе картице на продајном месту трговца постоје најмање три учесника, при чему издавалац стиче самосталну апстрактну обавезу плаћања према трговцу.

Насупрот томе, спорно је да ли коришћење обухвата и употребу платне картице на *банкомату*. Видели смо да анализирани *ratio legis* захтева да се у овом погледу направи разлика између употребе на банкомату банке издаваоца и употребе на банкомату друге банке. У првом случају кривично санкционисање није оправдано, с обзиром на то да је издавалац у непосредном односу с имаоцем картице, те да не постоји екстерни однос (између имаоца и трећег лица) у коме би могло да дође до злоупотребе правне могућности обавезивања издаваоца супротно ограничењима правне допуштености у интерном односу.[34] У другом случају, када се картица користи на банкомату неке друге банке, правни односи између учесника су слични као код употребе на продајном месту трговца, будући да банка која управља банкоматом врши плаћање, али истовремено стиче самостални, апстрактни правни захтев против издаваоца за накнаду исплаћеног износа и провизије.[35] Отуда је овде кривично санкционисање рекло би се оправдано. Међутим, у пракси се исплата на банкомату друге банке по правилу врши на основу одобрења (ауторизације) трансакције од стране издаваоца, које се добија у *on-line* поступку размене електронских порука између банкомата и рачунара издаваоца.[36] Из тог разлога би употребу платне картице на банкомату друге банке било подједнако неоправдано санкционисати као и употребу дебитне картице на продајном месту трговца.[37]

Коначно, како смо видели, приликом употребе платне картице *на даљину* за издаваоца не настаје самостална обавеза према трговцу, којом се гарантује плаћање ради измирења обавезе из основног по-

уколико, изузетно, таква могућност није била предвиђена уговором између из даваоца и имаоца картице (H. Radtke, 565; супротно T. Lenckner, W. Peron, 2210). Неовлашћена употреба туђе платне картице кажњива је према чл. 225, ст. 4 КЗ.

[34] V. Krey, U. Hellmann, 291, 316, 319. Упор. T. Fischer, 1984 и даље.

[35] S. Werner, 1104 1105.

[36] *Ibid.*, 1104.

[37] G. Fiolka, 586; T. Fischer, 1984.

сла између имаоца картице и трговца.[38] С обзиром на то да имовина издаваоца картице у овом случају није нарочито угрожена, употреба картице на даљину не испуњава претпоставке које би оправдале кривичноправну заштиту.

3.3. Непостојање покрића, односно необезбеђивање покрића у уговореном року

Код кривичног дела коришћења платних картица без покрића спорно је и обележје бића које се односи на непостојање, односно необезбеђивање покрића. Наиме, према законској одредби, учинилац остварује дело тако што „користи дебитну картицу за коју нема покриће или кредитну картицу за коју не обезбеђује покриће у уговореном року“. Нејасно је, међутим, на који начин би *дебитна* картица уопште могла да се употреби без покрића, када се она редовно користи на продајним местима трговаца, односно на банкоматима, у *on-line* поступку, у коме банка издавалац непосредно проверава и потврђује постојање покрића приликом одобравања (ауторизације) трансакције.[39]

На први поглед се чини да се овде можда мислило на ситуацију у којој плаћени износ, иако спада у дозвољени оквир располагања, није реално покривен, као када ималац плати дебитном картицом искористивши дозвољено прекорачење текућег рачуна. Ипак, такво тумачење не може се прихватити, јер појам покрића обухвата не само новчана средства која је ималац предао банци, него и било које друго имовинско потраживање имаоца картице према банци, којим може да се располаже путем картице. Због тога можемо закључити да коришћење дебитне картице без покрића може да се догоди само изузетно, у више теоријски, него практично замисливим ситуацијама, при чему је и тада спорно да ли би било оправдано кривично санкционисање имаоца картице, будући да банка издавалац овде непосредно учествује у сопственом преузимању обавезе путем *on-line* ауторизације плаћања. Штавише, ако би се у пракси и догодила употреба дебитне картице упркос непостојању покрића, та чињеница редовно не би била обухваћена умишљајем имаоца картице, већ би се радило о грешци банке издаваоца, која приликом одобравања трансакције није водила рачуна о покрићу и резервисаним средствима.

Изложени аргументи не важе у случају употребе *кредитне* картице на продајном месту трговца, јер код ње у евентуалном *on-line* поступку ауторизације плаћања банка издавалац само проверава

[38] Упор. C. Koch, 757 758; S. Grundmann, 1615; H. Strube, 279; M. Weis, 440.

[39] T. Fischer, 1983.

исправност ПИН-а, важење и евентуалну блокаду картице, али не и постојање покрића, које, у складу с природом ових картица, ни не треба да постоји у том тренутку.[40] Отуда законодавац као елемент бића захтева да ималац употреби кредитну картицу „за коју не обезбеђује покриће у уговореном року". У том погледу је неопходно да ималац картице у тренутку њене употребе има умишљај да банци издаваоцу не пружи покриће о доспелости.[41] Овај умишљај је иначе тешко доказати у пракси, имајући у виду да у великом броју случајева до обезбеђења покрића долази путем очекиваних прилива (нпр. личног дохотка одређеног дана у месецу) на рачун имаоца картице.[42] Стога је оправдано да дело из чл. 228 буде обликовано као последични деликт, чији покушај није кажњив.

3.4. Прибављање противправне имовинске користи у одређеном износу

Да би кривично дело коришћења платних картица без покрића било извршено, неопходно је да је ималац картице радњом извршења себи или другоме прибавио противправну имовинску корист већу од прописаног минималног износа (десет хиљада, односно сто хиљада динара).[43] Међутим, поставља се питање у којој мери је стицање противправне имовинске користи као елемент бића овог кривичног дела оправдано. Из угла објашњене сврхе и смисла инкриминације, захтев за стицањем противправне имовинске користи помера фокус регулативе с имовине издаваоца, као објекта заштите, на имовину имаоца картице. Уместо да је законодавац као услов кривичне одговорности предвидео оштећење имовине издаваоца, што би с обзиром на криминално-политичко оправдање било логично, он захтева противправно обогаћење имаоца картице.

Ималац картице начелно може да стекне противправну имовинску корист тако што на основу употребе платне картице без покрића прима робу/услуге од трговца или подиже готовину на банкомату банке која није издавалац, иако за то не плаћа ни трговцу, односно

40 S. Grundmann, 1605; C. Koch, 747.

41 Упор. T. Fischer, 1986. Обавеза пружања покрића код кредитних картица доспева на крају обрачунског периода (по правилу, месечно) или у складу с угово реним условима враћања одобреног кредита.

42 T. Lenckner, W. Peron, 2212. У том случају умишљај имаоца картице треба негирати. Ипак, не би била довољна само нејасна очекивања да ће до прилива неким чудом доћи (K. Lackner, K. Kühl, 1324).

43 С обзиром на то да ово дело може да се изврши и као продужено кривично дело (Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2012[4], 676), износ конкретне трансакције не мора да буде већи од прописаног, него је довољно да збир износа више трансакција прелази праг за успостављање кривич не одговорности.

банци која управља банкоматом, ни издаваоцу картице.[44] У случају да ни издавалац картице не изврши плаћање овог износа трговцу, односно банци која управља банкоматом, ималац картице свакако стиче противправну имовинску корист, иако имовина издаваоца тиме није погођена. Штавише, у таквој ситуацији се оштећује имовина лица са којим ималац картице стоји у директном односу (од кога прима робу, услуге или готовинску исплату) и према коме непосредно употребљава платну картицу. Захваљујући описаном директном односу, наведени случај коришћења платне картице без покрића код кога ималац картице стиче противправну имовинску корист, али не на рачун имовине издаваоца картице, већ на рачун имовине трговца, односно банке која управља банкоматом, може да се подведе под кривично дело преваре. Стога га није потребно инкриминисати у оквиру посебног кривичног дела коришћења платних картица без покрића.

Имајући у виду анализирани *ratio legis* кривичног санкционисања коришћења платних картица без покрића, чини се да би било логичније усмерити пажњу ка оштећењу имовине издаваоца картице, него ка обогаћењу имовине имаоца картице. Законодавства која неовлашћено коришћење платне картице прописују као посебно кривично дело формулишу га управо као последични деликт, са штетом на имовини издаваоца картице као последицом.[45] Отуда би као последицу радње извршења и услов за наступање кривичне одговорности требало предвидети оштећење имовине издаваоца картице.

4. ПРЕДЛОГ ЗА ИЗМЕНУ ЗАКОНСКОГ РЕГУЛИСАЊА КОРИШЋЕЊА ПЛАТНИХ КАРТИЦА БЕЗ ПОКРИЋА

Како смо видели, анализа *rationis legis* је показала да кривично санкционисање коришћења платних картица без покрића може да се оправда тек у једном ограниченом броју случајева. Због изнетих недоумица у погледу оправданости инкриминисања, злоупотреба платних картица није једнако прописана као кривично дело у упоредном законодавству. Тако је у кривичном праву једног броја земаља, нпр. Немачке (чл. 266б КЗ) и Швајцарске (чл. 148 КЗ), оштећење издаваоца картице њеним неовлашћеним коришћењем прописано као посебно кривично дело, док у САД, Енглеској, Француској и Италији слично кривично дело не постоји.[46] У неким државама се ситуације

[44] Израз „плаћање" се у овом контексту употребљава у смислу давања одго варајућег износа новчаних средстава.

[45] Вид. чл. 148 швајцарског КЗ и чл. 266б немачког КЗ.

[46] Вид. G. Fiolka, 578.

неовлашћеног коришћења платних картица подводе под друга слична кривична дела, најчешће превару или злоупотребу поверења.[47] Због тога се најпре поставља питање да ли је у нашем праву уопште неопходно прописивање посебног кривичног дела или се одговарајућа кривичноправна заштита могла обезбедити постојећим инкриминацијама. У том смислу, коришћење платних картица без покрића показује сличност са кривичним делима преваре (чл. 208 КЗ), неоснованог добијања и коришћења кредита и других погодности (чл. 209 КЗ) и злоупотребе поверења (чл. 216 КЗ). Након тога, ако се покаже да је постојање посебног кривичног дела нужно, изнећемо одговарајуће предлоге *de lege ferenda*.

За постојање кривичног дела преваре неопходно је да учинилац, у намери прибављања себи или другом противправне имовинске користи, доведе кога лажним приказивањем или прикривањем чињеница у заблуду, и тиме га наведе да овај нешто учини или не учини на штету своје или туђе имовине (чл. 208 КЗ). Може се тврдити да ималац картице, који у моменту њеног коришћења (плаћања робе или услуге односно подизања новца са банкомата) зна да у том моменту нема покриће, односно да га у уговореном року неће обезбедити, конклудентно обмањује трговца или банку у погледу ове чињенице.[48] И поред тога, међутим, овде тешко може бити говора о довођењу у заблуду или о одржавању у заблуди, с обзиром на то да трговца и не интересује бонитет имаоца картице. Трговац у моменту употребе картице стиче према издаваоцу непосредан апстрактан захтев за плаћање,[49] против којег издавалац не може да истиче приговор непостојања покрића. Ослобођен од ризика безготовинског плаћања, трговац уопште не испитује способност за плаћање корисника картице, већ само важност картице, идентитет имаоца и да ли је картица блокирана, свестан да ће се у сваком случају наплатити од издаваоца картице.[50] Како и не мора имати никакву представу о вољи имаоца да исплати издаваоца о доспелости, трговац се и не доводи

[47] У Аустрији, примера ради, ове ситуације се подводе под кривично дело злоупотребе поверења (чл. 153 КЗ), које се састоји у наношењу штете другоме, злоупотребом овлашћења да се располаже туђом имовином или да се други обавеже (вид. *ibid.*, 578).

[48] Тако Alfons Knauth, „Die Verwendung einer nicht gedeckten Kreditkarte als Straftat“, *Neue juristische Wochenschrift* 23/1983, 1289. Спорно је, међутим, да ли се уопште може радити о радњи довођења у заблуду, ако учинилац зна да трговац не испитује његов бонитет (Harro Otto, „Zur strafrechtlichen Beurteilung des Kreditkartenmißbrauchs“, *Juristenzeitung* 21/1985, 1008).

[49] A. Knauth, 1290.

[50] G. Fiolka, 579. Управо је смисао прихватања кредитне картице ради плаћања у томе да ослободи трговца сваког ризика и неопходности испитивања бонитета имаоца картице. Ако је унутрашњи однос имаоца и издаваоца картице за трговца без значаја, онда је и евентуално покриће корисника за трговца ирелевантно

у заблуду,[51] па недостаје обележје неопходно за постојање преваре. С друге стране, тешко може бити говора о довођењу у заблуду или одржавању у заблуди издаваоца картице, који с имаоцем картице и није у непосредној комуникацији у тренутку употребе картице.

Такође, коришћење платних картица без покрића не може се подвести ни под кривично дело неоснованог добијања и коришћења кредита и друге погодности (чл. 209 КЗ), иако кривичноправну заштиту, како смо видели, заслужују само кредитне платне картице. Кривично дело из чл. 209, ст. 1 КЗ може се остварити само у поступку добијања кредита, субвенције или друге погодности, обмањивањем у погледу испуњености прописаних услова, а не и на плану коришћења кредита. С друге стране, привилеговани облик из чл. 209, ст. 2 КЗ, у којем радња подразумева коришћење кредита, односи се искључиво на наменске кредите, који се користе за другу намену од оне која је одобрена, тако да ни ово дело не долази у обзир.

Сличност са кривичним делом злоупотребе поверења (чл. 216 КЗ) састоји се у томе што је и код овог дела учиниоцу дозвољен захват у имовину оштећеног који он злоупотребљава. Ималац картице има овлашћење да на терет издаваоца нпр. подигне известан новчани износ или купи известан производ и тиме обавеже издаваоца картице према банци или трговцу. Основна разлика, која истовремено онемогућава подвођење овог понашања под кривично дело злоупотребе поверења, јесте то што није остварено обележје да ималац картице то чини „заступајући имовинске интересе неког лица" или „старајући се о његовој имовини". Ималац картице не заступа имовинске интересе издаваоца картице, јер дело чини у властитом интересу а не у интересу издаваоца картице,[52] вршећи плаћања у своје име и за свој рачун, а не за рачун издаваоца. Истовремено, не постоји ни дужност старања у односу на имовину издаваоца картице.[53]

Како из ове анализе можемо закључити, употреба платних картица без покрића не заслужује широку криминалну зону. Видели смо да кривично санкционисање коришћења дебитних платних картица није оправдано, с обзиром на то да је поступком ауторизације трансакције издавалац довољно заштићен од могућих злоупотреба. Такође, и у погледу кредитних картица заштиту треба свести само на универзалне платне картице и само у погледу оних плаћања која

(с правом Udo Steinhilper, „Zur Betrugsstrafbarkeit des Kreditkartenmißbrauchs", *Neue juristische Wochenschrift* 6/1985, 300).

51 Тако A. Knauth, 1291; Karl Heinz Labsch, „Der Kreditkartenmißbrauch und das Untreuestrafrecht", *Neue juristische Wochenschrift* 3/1986, 106; H. Otto, 1007; Klaus Tiedemann, „Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber", *Juristenzeitung* 19/1986, 871.

52 Слично и у немачком праву (вид. T. Lenckner, W. Peron, 2208).

53 A. Knauth, 1288 1289; H. Otto, 1007; H. Radtke, 564.

не подразумевају искључиво двостран однос издаваоца и корисника картице. Због свих изнетих разлога и чињенице да издаваоци платних картица имају одговарајуће начине да уговорно заштите своје интересе, остаје отворено да ли је у нашем праву таква једна инкриминација уопште потребна, или је довољно да се постојећи законски опис чл. 228, ст. 1 измени. Ако се законодавац *de lege ferenda* ипак определи за ову другу могућност, такав законски опис могао би да гласи: „Ко користи кредитну платну картицу за коју не обезбеђује покриће у уговореном року, и тиме издаваоцу картице проузрокује штету која прелази износ од десет хиљада динара, казниће се новчаном казном или затвором до три године". При том, тумачење обележја̄ бића овог дела требало би да узме у обзир пружену анализу његовог правно-политичког утемељења.

Dr Igor Vuković

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr Mirjana Radović

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL POLICY JUSTIFICATION FOR THE CRIME OF NON-COVERED USE OF PAYMENT CARDS

Summary

In this paper the authors discuss the legal policy reasons for the crime of non-covered use of payments cards (Criminal Code, Art. 228(1)). In the first part of the paper the ratio legis of this crime is explained. It is concluded that the non-covered use of payment cards deserves to be criminally sanctioned only when, based of the card's use, the card issuer becomes personally liable for payment to the third party not privy to the contract between the issuer and the card-holder. Conversely, criminal proscribing is not justified when debit cards are used at the point-of-sale or the ATM of another bank, since here the issuer authorises the payment transaction and thereby participates in assuming his own obligation to pay to the third party. The second part of the paper contains critical analysis of the proscribed non-covered use of payment cards in the Serbian Criminal Code. In this respect the authors show the lack of clarity and

certain discrepancies with the explained ratio legis of such a crime. Based on the comprehensive analysis of the issues regarding the justification of criminal proscribing in this field, in the last part of the paper the authors suggest possible solutions de *lege ferenda.*

Key words: *Debit Cards. – Credit Cards. – Authorisation of the Payment Card Transaction. – Fraud. – Misuse of Confidence.*

УДК 366.542/.543; 346.548

CERIF: S144

Др Наташа Петровић Томић*

РЕШАВАЊЕ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА ПРЕД АРБИТРАЖОМ

Ефикасно решавање потрошачких спорова доприноси јачању заштите потрошача. Како пораст броја потрошачких уговора нужно утиче на повећање потрошачких спорова, то постоји интерес да се развијају алтернативни методи њиховог решавања. Чланак је посвећен питању арбитрабилности потрошачких спорова. Већ на почетку указује се на разлику у приступу арбитражи између европског и америчког права. Пошавши од премисе да је класична (трговачка) арбитража a priori неприлагођена потрошачким споровима, ауторка се залаже за увођење специфичне потрошачке арбитраже. Највећи део рада бави се обележјима предложене потрошачке арбитраже у функцији спречавања да се арбитражна клаузула огласи неправичном због нарушавања уговорне равнотеже на штету потрошача. Наглашен је значај слободног и информисаног пристанка потрошача на арбитражну клаузулу. У закључку се износи став Европског суда правде потврђен у неколико случајева да национални судови имају дужност да ex officio пазе на неправични карактер арбитражне клаузуле садржане у потрошачким уговорима.

Кључне речи: *Потрошач. Потрошачки уговор. Заштита потрошача. Арбитражна клаузула. Арбитрабилност.*

1. СУДСКО VERSUS ВАНСУДСКО РЕШАВАЊЕ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА

1.1. Уводно разматрање

Генерално говорећи, постоје два става по питању арбитражног и уопште алтернативног решавања потрошачких спорова. Једна

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *nataly@ius.bg.ac.rs*.

група аутора на алтернативне методе гледа као на онемогућавање правне заштите потрошача.[1] Друга – бројнија – група аутора показује благонаклоност према АДР методама.[2] Међутим, и међу ауторима који подржавају алтернативно решавање потрошачких спорова, најмање је оних који арбитражу сматрају погодном за заштиту права потрошача.[3] Обично се постављају додатни услови пуноважности арбитражног или прерогационог споразума код потрошачких уговора. Заправо, најбитнији допунски услов односи се на примену института неправичних клаузула.[4]

Као полазни аргумент у прилог развоја вансудског решавања потрошачких спорова наводи се неспремност потрошача да се за заштиту својих права обраћају судовима.[5] У очима потрошача, судски спорови немају много изгледа за успех. Постоји најмање четири разлога зашто се потрошачи нерадо одлучују да остварење својих права затраже пред судовима.[6]

Први и свакако најочигледнији разлог је „брзина" судског одлучивања.[7] Потрошач који се одлучи да затражи правду пред судом мора бити много стрпљив и спреман да пресуду чека много дуже него што би то био случај да се одлучио за медијацију или арбитражу.[8] Друго, *психолошки* разлози. Почев од непознавања саме процедуре, преко нејасног правног језика до вероватноће исхода по-

[1] О аргументима који се могу навести против увођења арбитраже у по трошачко право: Geraint Howells, Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law*, Second Edition, Ashgate Publishing Company, Burlington 2005, 261 295; David Bailey, „Jurisdiction and Arbitration", Iain Goldrein, Robert Merkin (eds.), *Insurance Disputes,* Second Edition, London Hong Kong 2003, 285 310.

[2] Вид. уместо свих: Hichem Khoury, *L'Information et le Conseil dus au Preneur D'Assurance*, Université Paul Cézane Aix Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique, Aix En Provence 2011, 131 208.

[3] Amy J. Schmitz, „American Exceptionalism in Consumer Arbitration", *Layola University Chicago International Law Review*, No. 1/2013, 83.

[4] Ивана Кунда, „Ништетност пророгацијске и арбитражне клаузуле у по трошачким уговорима у пракси суда ЕУ", *Непоштене уговорне одредбе, Еуропски стандарди и хрватска проведба,* Весна Томљеновић, Силвија Петрић, Емилија Мишћенић (уред.), Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека 2013, 255 256.

[5] Хрвоје Пауковић, Славен Добрић, „Алтернативно рјешавање спорова у осигурању", *Право осигурања Србије у транзицији ка европском (ЕУ) праву оси гурања,* Удружење за право осигурања Србије, Аранђеловац 2013, 362 378.

[6] Jean Calais Auloy, Henri Temple, *Droit de la consommation,* Dalloz, Paris 2010, 610.

[7] Истицањем „брзине" судског решавања спорова као првог фактора при мамљивости судске заштите потрошача немамо намеру да се ругамо и критикујемо судску праксу (постоје бројни разлози зашто је стање баш такво, овде се у њих не може улазити) већ да укажемо на фактичко стање ствари (нап. аут.).

[8] Детаљније о предностима медијације и арбитраже у поступку решавања спорова из осигурања као типичних потрошачких спорова: Наташа Петровић Томић,

ступка – све је за просечног потрошача непозналица.[9] Судски поступак који просечни потрошач недовољно познаје код њега буди неповерење и жељу да избегне да се о њиховим правима решава пред судом.[10] Треће, *трошкови парничења*. Ма колико било примамљиво тражење правде пред судовима, високи трошкови парничења стварају утисак да је правда доступна по високој цени.[11] Четврто, потрошачки спорови су пример *спорова мале вредности*,[12] али великог парничног потенцијала (*high-volume disputes*).[13] Пораст броја потрошачких трансакција одражава се и на пораст спорова из ових односа. Државни апарат свакако није у могућности да у разумном року реши бројне потрошачке спорове. Стога се у многим државама води дебата око тога да ли је арбитража погодан метод решавања потрошачких спорова (и растерећења судова).[14] Како ћемо у раду показати, још увек

„Медијација у осигурању“, *Зборник Правног факултета у Ријеци,* бр. 1/2010, 475 494.

[9] На овом месту осећамо потребу да нагласимо да постоји врста осигурања која може бити од помоћи потрошачима у остваривању њихових права пред судо вима. Право на правну заштиту и приступ судовима може бити олакшано ако по трошач има осигурање правне заштите. На основу премија које потрошач издваја на име овог осигурања, осигуравач му пружа правну помоћ и покрива трошкове спорова у које се он упушта. Осигураник потрошач добија стручну правну помоћ, која у великој мери утиче на исход спора са професионалцем. Међутим, проблем у вези са осигурањем правне заштите је што је то, такође, потрошачки уговор и што осигураник може у вези са њим трпети последице уговорне неравнотеже. Зато је на нивоу ЕУ донета Директива о осигурању правне заштите, којом је изричито речено да се осигурање правне заштите мора јасно разликовати од осталих осигурања. Оси гураник задржава право да сам изабере адвоката; у случају неслагања осигураника и осигуравача решавање спора се поверава трећем лицу, а трошкови ове мере су на осигуравачу. Вид.: Jean Calais Auloy, Henri Temple, 622.

[10] Исти разлози су и у основи неравномерне непримене свих метода АДР за решавање потрошачких спорова. Ако потрошачи нису довољно упознати са пред ности и уопште начином функционисања арбитраже или медијације неће бити рас положени да решавају своје спорове на ове начине. Детаљније о значају едукације потрошача о АДР методама: Наташа Петровић Томић, 483 484.

[11] Овде је потребно правити разлику између трошкова које сноси потрошач који је покренуо судски поступак и трошкова који настају за друштво (схваћено у социолошком смислу) услед ангажовања гломазног судског апарата за решавање спорова.

[12] Наиме, у потрошачким споровима чест је случај да су износи чија се ис плата захтева ниски, често нижи од награде пуномоћнику. Вид.: Ивана Кунда, 259.

[13] Maja Stanivuković, „Arbitration Is It a Viable Option for Resolution of Consumer Disputes in Serbia?“, Strengthening Consumer Protection in Serbia, Liber Amicorum Svetislav Taboroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2013, 230.

[14] Коришћење арбитраже и осталих алтернативних метода решавања спорова је много пре заживело у комерцијално водећим државама и нацијама. Вид.: Jean R. Sternlight, „Is the U. S. Out of Limb? Comparing the U. S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to that of the rest of the World“, *University of Miami Law Review*, Vol. 56, 2002, 843.

није постигнут консензус око тога који ризици прате арбитражно решавање потрошачких спорова и како их елиминисати.

На основу увида у обележја потрошачких спорова стиче се утисак да би правилно конципирана арбитража могла знатно допринети осећају заштићености потрошача. Под тим мислимо на арбитражу која је вољно и информисано прихваћена од потрошача, која ће брзо, ефикасно и са минималним трошковима решавати спорове са професионалцима. Осим потрошача, од добро осмишљене арбитраже велику корист може имати и друштво. Превањивањем спорова мале вредности на арбитражу растерећује се државни судски апарат и стварају претпоставке за суђење у разумном року. Осим тога, ако се испостави да је арбитража добра опција решавања потрошачких спорова доћиће до развоја новог тржишта услуга арбитраже.[15]

1.2. Амерички versus европски приступ потрошачкој арбитражи

У погледу заступљености арбитражног решавања потрошачких спорова историјски се прави разлика између америчког и европског права. Док у америчким државама постоји традиција пуноважности арбитражне клаузуле садржане у потрошачким уговорима,[16] у државама чланицама ЕУ се – осим изузетно – на ову клаузулу не гледа благонаклоно. Европски став према компромисној клаузули у уговорима закљученим са потрошачем најбоље илуструје Директива 93/13 о неправичним клаузула у уговорима закљученим са потрошачем.[17] Она међу клаузуле са тзв. сиве листе убраја „клаузуле које имају за циљ или последицу укидање или ограничавање права на тужбу и друга правна средства потрошача, посебно обавезивањем потрошача да спорове решава искључиво пред арбитражом која није регу-

[15] Према подацима из држава које су развиле арбитражно решавање потро шачких спорова, број арбитражних одлука којима се решавају ови спорови је врло ве лики (у Чешкој око 150.000 годишње)! Детаљније: Катарина Иванчевић, „Решавање потрошачког спора пред арбитражом“, Strengthening Consumer Protection in Serbia, Liber Amicorum Svetislav Taboroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2013, 248 275.

[16] И судска пракса показује пријатељски став и разумевање за уношење арби тражне клаузуле у потрошачке уговоре. Током дуге традиције примене пријатељски настројеног законодавства судска пракса није показивала намеру да зарад заштите интереса потрошача оспорава легитимитет арбитраже. Стога не чуди што је арби тражна клаузула саставни део уговора које потрошачи закључују са компанијама које продају компјутерску опрему, пружају телефонске услуге, итд. Интересантно је да те исте компаније не уносе арбитражну клаузуле када послују на тржишту ЕУ. Тако и: Donna M. Bates, „A Consumer's Dream or Pandora's Box: Is Arbitration a Viable Option for Cross Border Consumer Disputes?“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, Issue 2, 2003, 847.

[17] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, чл. 3 (3) 1 (q).

лисана законским прописима". То има за последицу да се оබориво претпостављa да је арбитражна клаузула правична у свим потрошачким уговорима. Што се тиче уговора о осигурању, упоредноправна анализа показује да је компромисна клаузула у многим законодавствима забрањена у осигурањима која инволвирају учешће слабије стране.[18]

Дакле, постоје две кључне разлике у конципирању арбитражног решавања потрошачких спорова између америчког и европског права. Прво, америчка традиција налаже пуноважност и обавезујући карактер компромисне клаузуле садржане у потрошачком уговору. Ако потрошач тврди да је њиме угрожено неко његово право тј. да је нарушена уговорна равнотежа на његову штету, он то мора и да докаже.[19] У праву ЕУ Директива 93/13 налаже да је компромисна клаузула претпостављено неправична и ништава! Професионалац може покушати да докаже да се о арбитражној клаузули преговарало и да се њоме не нарушава уговорна равнотежа на штету потрошача.[20] Дакле, разлика између америчког и европског права огледа се и у терету доказивања. *A contrario*, компромис је пуноважан и у праву ЕУ.[21]

[18] Franc Turgné, „L'arbitrabilité du droit des assurances", *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1/2012, 181.

[19] Donna M. Bates, 837 843.

[20] Међутим, у већини држава чланица ово је само теоријска могућност због традиционално непријатељског става судске праксе према арбитражном решавању потрошачких спорова. Овај став вуче корене из француског права, где је судска пракса и пре формалног уобличавања идеје заштите потрошача изричито ре зоновала у корист осигураника као слабије стране. Као пример резоновања судске праксе наводи се чувена одлука *L'arrêt Prunier* донета давног 10. јула 1843. Предмет спора био је уговор о осигурању од ризика пожара, који је садржао компромисну клаузулу. Одлучујући у овом спору, француски Касациони суд је искористио при лику да разјасни своје опредељење против компромисне клаузуле не само у споро вима из осигурања, већ у свим грађанскоправним стварима. Касациони суд је изнео три базична аргумента против арбитраже у осигурању. Прво*, заштита осигураника*. Касациони суд је изразио бојазан да ће осигуравач принудити осигураника да при стане на компромисну клаузлузу без много размишљања о последицама које такав пристанак повлачи (вођење поступка пред арбитражом чије је седиште најближе седишту осигуравача), као и да ће насумице дати пристанак на избор одређеног ар битра, без узимања у обзир непогодности које то повлачи (напр: без податка о томе да ли је специјализован за област осигурања). Друго, *заштита слабије стране* у свим уговорима, а не само у уговору о осигурању. Треће, *лишавање судске заштите* и гарантија које пружају државни судови као део тзв. јавне правде постаће правило ако арбитражна клаузула постане „стилска" клаузула, тј. ако буде саставни део свих уговора о осигурању. Детаљније: Carine Jallamion, Anne Péllisier, „Risque, assurance et arbitrage", *Revue Générale du Droit des Assurances,* No. 1/2012, 164.

[21] Што се тиче компромиса, француски Касациони суд је у одлуци од 25. фе бруара 2010. изричито истакао да компромис закључен након настанка спора између осигуравача и осигураника не представља пример неправичне клаузуле уговора о осигурању. Овакво разликовање је засновано на једноставној и лако разумљивој ло

Друго, у државама чланицама ЕУ врло је изражена улога државних тела (агенција) у поступку заштите права потрошача и уопште механизми колективне заштите права потрошача.[22] То чини мање потребном арбитражу. У америчком праву акценат је на приватним и индивидуалним механизмима заштите потрошача.

2. ДА ЛИ ЈЕ АРБИТРАЖА ПОГОДНА ЗА РЕШАВАЊЕ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА?

2.1. Традиционална versus потрошачка арбитража

Пре него што се изјаснимо о правном и институционалном оквиру за арбитражно решавање потрошачких спорова потребно је дати јасан одговор на питање да ли она представља погодан инструмент решавања ових специфичних спорова. Будући да је арбитража првенствено намењена решавању спорова из пословних односа – тј. B2B трансакција (тј. између страна које се налазе у једнаком или сличном положају), питање је колико је она погодна за решавање спорова између потрошача и професионалца – тј. B2C трансакција? Да ли су кључни разлози успеха арбитраже у споровима из пословних односа – брзина, неформална и флексибилна процедура и уштеда трошкова – једнако битни у потрошачким споровима? Да ли се зарад остварења ових циљева треба одрећи судског решавања? Које су то погодности које се добијају? А који евентуални ризици са којима се рачуна?

За одговор на ова питања кључно је поћи од обележја односа потрошача и професионалца. Најопштије говорећи, тај однос обележава неједнакост у правном, економском и информативном смислу. Потрошач је у сваком случају слабија страна.[23] Он је најчешће прав-

гици. Компромис, најпре, није клаузула уговора о осигурању. То је споразум који се закључује у неком каснијем моменту, након настанка осигураног случаја који до води до конфликта између осигуравача и осигураника. Уместо да одмах пристану на компромисну клаузулу, уговорним странама може више да одговара да закључе компромис када настане спор. Стране тиме задржавају право да након настанка спо ра процене да ли им одговара да се спор изнесе пред арбитражу. Стране су, дакле, у позицији да промисле своје могућности и изаберу начин решавања потенцијалног спора који им се чини повољнијим по њихове интересе. Између страна, стога, не постоји однос неравнотеже као у случају компромисне клаузуле. Тако и: Carine Jallamion, Anne Péllisier, 165.

22 Donna M. Bates, 837 844.

23 Узмимо пример уговора о осигурању. Уговарачи осигурања обично немају довољно времена, знања и способности потребних за разумевање садржине и оп сега уговора о осигурању. Они су првенствено заинтересовани за то колико полиса и покриће коштају, а не за то које штете су покривене, а које искључене. Њихово интересовање је утолико мање уколико се суочавају са нејасним формулацијама и

но неук, закључује потрошачки уговор за непрофесионалне потребе, што имплицира да је нестручњак за робе или услуге које прибавља.[24] Професионалац је по природи ствари економски јачи од њега, поседује све информације о производима или услугама које нуди и у могућности је да потрошачу наметне клаузуле којима се уговорна равнотежа нарушава на његову штету.[25]

Имајући у виду стварносни миље у коме се одвијају потрошачке трансакције, упутно је поставити питање да ли је арбитража „дорасла" решавању спорова произашлих из оваквих односа?! Да ли би се њоме могло допринети унапређењу заштите потрошача? Или арбитража представља „моћно оруђе" у рукама моћног професионалца? Дакле, први изазов са којим се суочава законодавац спреман да уведе арбитражу као начин решавања потрошачких спорова је пружање довољно гарантија да њоме неће бити погоршана иницијално слабија позиција потрошача. Арбитража није прихватљива као опција решавања потрошачких спорова ако није правно регулисана тако да потрошачу омогућава брз и ефикасан пут одлучивања о његовим правима.

Дакле, традиционална арбитража схваћена у смислу арбитраже правно уређене и аранжиране за решавање спорова произашлих из пословних односа свакако није погодна за решавање потрошачких спорова. Залажемо се за креирање *потрошачке арбитраже* као *sui*

нечитким документима. Не само што су полисе сачињене речником који је разумљив само експертима, већ и информације које се тичу истог питања могу бити садржане у два или више докумената. Права потрошача се штите захтевом читкости, одређеном величином слова, начином куцања, бојом слова нарочито значајних клаузула, итд. С друге стране, и ту се мора пронаћи права мера. Употреба колоквијалног уместо тех ничког језика, тј. избегавање техничких термина у полиси осигурања може изазвати нови проблем   проблем тумачења. Стога у развијеним правима постоји тзв. стан дардно покриће за већину потрошачких ризика, које служи заштити осигураника од неочекиваних искључења и обавеза. Осим тога, пракса је изнедрила правила попут *contra proferentem* с циљем заштите права осигураника услед разумљивог незнања и непознавања највећег дела одредаба уговора о осигурању. В.: Julie Anne Tarr, *Disclosure and Concealment in Consumer Insurance Contracts,* Cavendich Publishing Limited, London 2002, 111.

24 Осигураник је слабија страна ако кумулативно испуњава неколико услова: 1) правно неук и неупућен у осигурање; 2) неинформисан; 2) економски слабији и 4) приступа уговору који је осигуравач унапред саставио. При том је потребно на гласити да није довољно да је осигураник само економски слабији од осигуравача да би се могао окарактерисати као потрошач услуга осигурања. Има осигураника који су исте економске снаге као осигуравач, а опет су потрошачи услуга осигурања. Потрошачима их чини то што прибављају осигурање са којим нису упознати и које није повезано са пословима којима се иначе баве, што их чини потенцијалним жртвама некоректних поступака осигуравача. Детаљније: Roland Michael Beckmann, Annemarie Matusche Beckmann, *VersicherungsHandbuch,* Verlag C. H. Beck, München 2009, 915.

25 Yvonne Lambert Faivre, Laurent Leveneur, *Droit des assurances,* 13 édition, Dalloz, Paris 2011, 135.

generis арбитраже, прилагођене решавању спорова произашлих из потрошачких трансакција. Особености потрошачке арбитраже – по којима се разликује од традиционалне арбитраже – су бројне.[26] Прво, *арбитражни споразум мора бити изричито уговорен и садржан у посебном писмену који су потписале уговорне стране*. Он никако не може бити валидан ако је садржан у општим условима пословања или се на њега упућује на други начин. Друго, *пуноважно закључени арбитражни споразум мора бити обавезујући за обе стране*. Ово зато што је суштина уговарања арбитраже дерогирање надлежности државних судова.[27] Треће, *садржина арбитражног споразума који закључују потрошач и професионалац треба да у битним цртама буде уређена законским прописима и да инволвира минимум стандарда којима се гарантује заштита потрошача.*[28] Законом треба уредити број арбитара, институцију која ће бити задужена за арбитражно решавање ових спорова, седиште арбитраже, језик на коме ће се поступак одвијати, рок за доношење арбитражне одлуке,[29] ко ће сносити трошкове,[30] итд.[31] Четврто, *странама треба онемогућити уговарање ad hoc арбитраже* за решавање потрошачких спорова. Решавање ових спорова треба да буде резервисано за институционалне арбитраже. Потрошач није довољно компетентан да одлучи о правилима поступка по којима би *ad hoc* арбитражни суд решавао. Да би се могао определити за примену правилника неке сталне арбитражне институције, такође, треба да добро познаје и разуме та правила.[32]

---

[26] Референтан модел законом регулисане потрошачке арбитраже постоји у Шпанији. Детаљније: José Luis Pérez Serrabono Gonzales, „Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne", *Revue européenne de droit de la consommation*, No. 3/2002, 198.

[27] Тако и: Гашо Кнежевић, „Маргиналије о појмовима приватне правде и АДР а с аспекта арбитраже и медијације", *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 1 2/2012, 423.

[28] Donna M. Bates, 837 838.

[29] У државама чланицама ЕУ рок за решавање износи од 31 до 90 дана (Вид.: DG Sanco Study on the Use of Alternative Dispute Resolution in the European Union, 2009. Доступно на: *http://ec.europa.eu/consumers/redress cons/adr study.pdf*. 16.12.2013) Директива 2013/11 одређује да је то 90 дана од дана када је орган при мио тужбу (чл. 8, ст. 1, тач. д).

[30] У америчком праву где је највише заступљено арбитражно решавање по трошачких спорова прописане су фиксне накнаде и оне се наплаћују од компаније инволвиране у потрошачки спор. У европским државама АДР методи су беслатни или врло јефтини (коштају до 50 евра). Арбитар мора сачинити писмену изјаву о налазима и закључцима на којима се заснива арбитражна одлука. Детаљније: Donna M. Bates, 837 838.

[31] Вид.: Maja Stanivukovic, 238 245.

[32] Стога је у упоредном праву одлучено да је арбитражна клаузула унета у опште услове пословања којом се уговара надлежност *ad hoc* арбитраже, чијег

Кључни разлог прихватања правилно конципиране арбитраже је свест о томе да је то једини алтернативни метод који има потенцијал решавања потрошачких спорова. Иако не споримо корисност увођења и других метода (а посебно медијације) дубоко смо уверени да су они ограниченог домета. Медијација може резултирати разрешењем спорног односа само ако стране тако одлуче, уз помоћ предлога и труда медијатора. Чак и уз највеће залагање, спор може остати нерешен ако се стране „заинате“. Арбитража, насупрот томе, може допринети растерећењу судова. Зато акценат државне интервенције треба да буде на претпоставкама пуноважности арбитражног споразума и уопште прилагођености арбитраже потребама потрошача. Добро осмишљена арбитража представља једину праву алтернативу судском решавању потрошачких спорова.

2.2. Да ли је арбитража у супротности са заштитним нормама?

Целокупна расправа око (не)погодности арбитраже за решавање потрошачких спорова може се сажети у једну мисао: да ли се арбитражом доводи у питање заштитни механизам правила заштите потрошача? Државе предузимају различите кораке с циљем заштите потрошача: од доношења *lex specialis* закона до едукације потрошача и пружања помоћи код подношења тужбених захтева. Што се тиче прописа којима се уводи заштита потрошача, највећи број норми које чине уговорно потрошачко право су принудне или полупринудне.[33] Од њих се, дакле, може одступити само ако је то у интересу потрошача као субјекта заштите! Другим речима, потрошачи се не могу одрећи заштите коју им пружају полупринудне норме! Да ли је то случај и са нормама које регулишу право на судску заштиту? Да ли оне чине тзв. потрошачки јавни поредак?

У делу теорије се као аргумент против арбитражног решавања потрошачких спорова истиче дерогирајући ефекат на судско одлучивање.[34] Поставља се питање да ли је држава спремна да се одрекне свог монопола у погледу потрошачких спорова? Како одговор на ово питање јасно произлази из законских прописа, овај аргумент сматрамо неутемељеним. Држава јасно испољава намеру да резервише решавање одређених спорова прописивањем искључиве

ће арбитра именовати трговац ништава. Вид.: Vladimir Nyc, „Recent developments in regulation of arbitration clause in consumer contracts in Czech Republic“. Доступ но на: *http://www.lexicology.com/library/detail aspx?g 86aa6709 a79f 4de6 bdac 3a8b 2a2ff6de*, 13.12.2013.

[33] Emilia Čikara, *Gegenwert und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, Die Umsetzung der Richtlinie 87/102/EWG und der Richtlinie 2008/48/ EG in das deutsche, österreichishe und kroatische Verbraucherkreditrecht*, LIT Verlag, Wein 2010, 45.

[34] Donna M. Bates, 827.

надлежности. Како то није случај са потрошачким споровима, сматрамо да нема сметњи за конституисање надлежности арбитражног суда. Други аргумент против је да уговарање надлежности арбитраже означава одрицање законских права потрошача, што је противно логици заштитног карактера потрошачког законодавства.[35] Наиме, део теоретичара изражава сумњу у способност (и спремност) арбитара да примене одредбе потрошачког законодавства у поступку потрошачке арбитраже. То практично значи да уговарање надлежности потрошачке арбитраже има за последицу не само одрицање од судске заштите потрошача, већ и од примене посебних правила која се односе на потрошачке спорове.[36] Како стране могу уговорити решавање спора применом принципа правичности или применом обичаја, то је јасно да потрошач не би могао рачунати на примену заштитнички настројеног законодавства. Трећи разлог неповерења према арбитражи је што је прескупа за потрошаче.[37] Скупоћа арбитражног поступка посебно долази до изражаја због мале вредности потрошачких спорова. Из тог разлога многи потрошачи одустају од вођења поступка, јер им *cost benefit* процена говори да су трошкови које ће морати да плате бити већи од евентуалног износа одштете.[38] Четврти – веома заснован аргумент – је непостојање посебних правила прилагођених особеностима потрошачке арбитраже у виду правилника.[39] Решавање потрошачких спорова према правилнику намењеном решавању спорова из пословних односа може бити само на штету потрошача, као и на уштрб угледа арбитраже.

Будући да се инфериорност потрошача у односу на професионалца испољава и у поступку принудног остваривања права, сматрамо да се правилним конципирањем арбитраже може допринети превладавању информационе асиметрије. Потрошачи нису довољно

---

35 Осим тога, арбитража се посматра као потенцијална могућност професио налаца да изиграју заштитне норме на штету потрошача. Која је поента полуимпера тивног карактера потрошачких норми ако се оне врло лако могу избећи уговарањем надлежности арбитраже?

36 Детаљније: Donna M. Bates, 856 857.

37 Истраживања показују да је арбитража и у пословним односима мање јефтина него што стране очекују. Када се узму у обзир накнаде које се плаћају арби трима, трошкови ангажовања правног заступника, трошкови вештачења...јасно је да се брзина, ефикасност и конфиденцијалност поступка прилично плаћају. За послов ни свет такви издаци могу бити оправдани, док се потрошачима арбитража може учинити исплативом само ако се њихов удео у трошковима поступка одреди симбо лично или им се омогући арбитражно решавање спорова на терет професионалца.

38 Овај диспаритет између уложених трошкова парничења и потенцијалне добити утолико је израженији код решавања међународних потрошачких спорова. Вид.: Donna M. Bates, 859.

39 Како ће у даљем раду бити показано, има институција које су донеле по себна правила везана за решавање потрошачких спорова пред арбитражом (нап. аут.).

упознати са судским решавањем спорова и за њих је читава процедура – а још више њен исход – непознаница! Ако се спроведе едукација и потрошачи упознају са механизмом арбитражног решавања спорова – са акцентом на потенцијалне замке и опасности – она може постати оруђе заштите њихових права. Потрошач који добро познаје начин рада арбитара може на основу својих знања искористити све погодности арбитраже.[40]

3. ЗАКОНСКИ ОКВИР АРБИТРАБИЛНОСТИ ПОТРОШАЧКИХ СПОРОВА У СРПСКОМ ПРАВУ

3.1. Арбитрабилност потрошачких спорова

Према ЗА, арбитрабилност се везује за „имовинскоправне спорове о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда“.[41] Поређења ради, медијабилност се везује за „спорове о имовинскоправним односима физичких и правних лица, у трговинским, породичним, радним и другим грађанскоправним односима, управним и кривичним, у којима стране могу слободно да располажу, уколико законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа“.[42]

Потребно је правити разлику између *објективне и субјективне арбитрабилности*. Док у погледу друге не постоје законска ограничења (јер се арбитражи може прибећи увек када странке на то пристану, без обзира да ли је реч о физичким или правним лицима), објективна арбитрабилност захтева посебну анализу. Спор је арбитрабилан уколико произлази из било ког имовинскоправног односа и ако је странкама допуштено слободно располагање захтевима, под условом да за конкретни однос није прописана искључива надлежност неког од државних органа. Имајући у виду овако дефинисани појам арбитрабилности, поставља се питање да ли се под њега могу подвести потрошачки спорови?! Сматрамо да је, генерално говорећи, одговор позитиван. Ово зато што потрошачки спорови представљају

[40] Арбитража поседује иницијалну предност у односу на суд: она је бржи, једноставнији и доступнији пут заштите његових права наспрам професионалца. Кључно је да се законским прописима она учини и јефтинијом. Осим тога, сматрамо да је за заштиту потрошача кључно управо постојање права на ефикасан приступ решавању спорова. Да ли ће то бити пред државним судовима или алтернативним методама мање је битно. Заправо, из угла потрошача је најбоље да има могућност избора између два различита пута заштите права: судског и вансудског.

[41] Закон о арбитражи ЗА, чл. 5, ст. 1. Детаљније о арбитрабилности уопште: Krešimir Sajko, „On Arbitrability in Comparative Arbitration An Outline“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 5, 2010, 961 969.

[42] Закон о медијацији, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, чл. 1, ст. 1 (даље: ЗОМ).

пример спорова у којима странке могу слободно да располажу својим захтевима и за њих није предвиђена искључива надлежност судова.

Међутим, правни и институционални оквир арбитрабилности потрошачких спорова одређује и ЗЗП.[43] Дакле, *lex specialis* закон за арбитражно решавање спорова не искључује из поља примене потрошачке спорове.[44] Зато се окрећемо ЗЗП – као *lex generalis* пропису за сва питања потрошачких уговора – који изричито помиње арбитражу као начин решавања потрошачких спорова. О томе да је српски законодавац свестан значаја вансудског решавања спорова говори податак да ЗЗП већ у првом члану изричито каже да је сврха овог закона „успостављање система вансудског решавања потрошачких спорова“.[45] Према ЗЗП, „потрошачки спор може се решити вансудским решавањем“.[46] У члану којим се уређује вансудско решавање спорова постоје две крупне новине. Прво, изричито је речено који се поступци, слични вансудском решавању, не сматрају вансудским решавањем потрошачких спорова. То су: 1) процедуре решавања спорова које је установио сам трговац; 2) непосредни преговори између трговца и потрошача; 3) када судија настоји да спор у току судског поступка реши мирењем страна; 4) поступци које је трговац покренуо против потрошача и 5) у споровима чија вредност прелази 500.000 динара.[47]

Сматрамо да су овим постављене јасне границе вансудског решавања потрошачких спорова. Наиме, овим чланом су јасно набројани случајеви који се потенцијално могу подвести под вансудско решавање потрошачких спорова, али у којима постоји велики потенцијал злоупотребе вансудског метода на штету потрошача. Законодавац је желео да оствари потпуну контролу над вансудским решавањем потрошачких спорова. Решавање спорова по процедурама које је установио сам трговац и на шта је обавезао потрошача приступањем општим условима пословања представља пример неправичне уговорне клаузуле. Исто важи и за непосредне преговоре о предмету спора између потрошача и трговца. Трговац поседује довољно знања и стручности и лако може убедити потрошача да пристане на солуцију која није у његовом интересу. Што се тиче суд-

[43] Недавно је усвојен нови Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 62/14 нови ЗЗП). Иако је предвиђено да ступа на снагу осмог дана од дана објављивања, примењиваће се по истеку три месеца од дана ступања на снагу (чл. 165). Стога остају релевантне у време писања овог рада још увек важећег Закона о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/10 стари ЗЗП).

[44] Закључујемо да је арбитрабилност потрошачких спорова *implicite* по тврђена ЗА, а *explicite* ЗЗП.

[45] Нови ЗЗП, чл. 1.

[46] Нови ЗЗП, чл. 141, ст. 1; стари ЗЗП, чл. 132, ст. 4.

[47] Нови ЗЗП, чл. 141, ст. 3.

ског настојања да се спор реши мирењем страна, то јесте легитимно у свим споровима за које судија процени да су стране спремне да попусте и да се договоре. Али, законодавац има јасну визију и настоји да што концизније уреди и сам поступак вансудског решавања потрошачког спора и све претпоставке којима се гарантује заштита права потрошача. Из тог разлога не дозвољава да мирење у току судског поступка постане метод вансудског решавања потрошачких спорова. Изузимање спорова које је трговац покренуо против потрошача објашњава се тиме да он не треба да буде ослобођен плаћања судске таксе за тужбу. Најзад, спорови веће вредности од законом прописаног лимита од 500.000 динара не сматрају се потрошачким и за њих не важе ова специјална правила.

Друго, министар ближе уређује услове за вансудско решавање потрошачких спорова, а нарочито правила и критеријуме за рад тела за вансудско решавање потрошачких спорова, као и образац захтева за упис на листу тела за вансудско решавање потрошачких спорова и образац за покретање поступка вансудског решавања спора, како би се обезбедило да процес решавања спорова потрошача буде независан, непристрастан, транспарентан, делотворан, брз и правичан.[48] Овај део ЗЗП сматрају прилично лошим. Идеја је можда добра; процес решавања потрошачких спорова треба да буде независан, непристрастан, транспарентан, делотворан, брз и правичан. Али, није неопходно дати толике ингеренције у вези са његовим прописивањем министру! Министар прописује услове за вансудско решавање потрошачких спорова, а нарочито правила за рад тела за вансудско решавање потрошачких спорова, образац захтева за упис на листу тела, као и образац за покретање овог поступка! У питању је чисто политички орган, коме не би смела бити поверена оволика овлашћења у вези са тако осетљивим питањем као што је заштита потрошача у вези са вансудским решавањем њихових спорова.

Министарство даље сачињава листу тела за вансудско решавање потрошачких спорова. Под овим телима подразумевају се лица која имају својство посредника, у складу са законом којим се уређује посредовање у решавању спорова, односно сталне арбитражне институције у складу са законом којим се уређује арбитража.[49] Листа тела за вансудско решавање садрже следеће податке: 1) назив, седиште, адресу и интернет адресу свих тела задужених за вансудско решавање потрошачких спорова; 2) податке о њиховом унутрашњем уређењу и начину финансирања, укључујући и податке о физичким лицима која су задужена за решавање спорова, њиховом професионалном искуству, накнади и од стране кога су ангажовани; 3) по-

48 Нови ЗЗП, чл. 141, ст. 2.

49 Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 2.

словник о раду; 4) просечну дужину трајања спора; 5) језик, односно језике на којима се може поднети приговор и спроводити поступак; 6) врсте потрошачких спорова које су обухваћене процедуром; 7) разлоге због којих тело може да одбије вансудско решавање потрошачких спорова.[50] Од свих података које садржи поменута листа издвајамо пословник о раду и разлоге збој којих тело може да одбије вансудско решавање потрошачких спорова. Пословник о раду је кључан за ефикасан рад било ког тела вансудског решавања потрошачких спорова. Што се тиче разлога због којих тело може да одбије вансудско решавање потрошачког спора, они треба да буду уређени на основу упоредноправног искуства. Такође је значајно уредити врсте спорова који су обухваћени процедуром са ослонцем на упоредно искуство.

Тела за вансудско решавање потрошачких спорова дужна су да једном годишње, најкасније до 31. јануара текуће године за претходну годину, јавно објаве и доставе Министарству извештај који садржи податке о примљеним захтевима за покретање спора, покренутим и окончаним споровима, уоченим значајним проблемима и слично.[51] Посебно је значајна обавеза тела за вансудско решавање потрошачких спорова да јавност и министарство обавесте о покренутим и окончаним споровима и уоченим значајним проблемима. Број окончаних потрошачких спорова говори о ефикасности вансудског решавања истих. Што је тај број већи, то је судски апарат заштите права потрошача растерећенији и у могућности да спорове потрошача процесуира у законом прописаном року. Тела која престану да испуњавају законске услове за упис на листу, као и она која јавно не објаве и не доставе извештај биће брисана са листе тела за вансудско решавање потрошачких спорова.[52]

Кључна одредба у делу који се односи на вансудско решавање потрошачких спорова је да „покретање и вођење поступка вансудског решавања спорова не искључује, нити утиче на судску заштиту, у складу са законом“.[53] Ово зато што је арбитражна клаузула обухваћена тзв. црном листом неправичних клаузула у потрошачким уговорима.[54] То значи да за њу важи необорива претпоставка да је

---

[50] Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 3.

[51] Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 4.

[52] Нови ЗЗП, чл. 142, ст. 5.

[53] Нови ЗЗП, чл. 143; нови ЗЗП, чл. 135.

[54] Осим што је директно супротна одредби о могућности вансудског решавања потрошачких спорова, ова одредба практично онемогућава њихово арби тражно решавање. Она, наиме, „дира“ у обавезујуће дејство арбитражног споразума, а самим тим и арбитражне одлуке. Која је поента уношења арбитражне клаузуле у потрошачки уговор ако потрошач сваког трена па и након покретања арбитраж ног поступка може да се предомисли и покрене судски поступак? Овакав закон ски оквир свакако није подстицајан за развој арбитражног решавања потрошачких

неправична одредба у сваком потрошачком уговору.[55] Клаузула која има за циљ или последицу „искључење или ограничење права потрошача да покрене одређени поступак или да употреби одређено правно средство за заштиту својих права, а нарочито наметање обавезе потрошачу да спорове решава пред арбитражом, на начин који је у супротности с одредбама овог закона", је без обзира на околности појединачног случаја неправична.[56]

3.2. Обавезујући карактер арбитражног споразума

Из ЗЗП следи да је арбитражна клаузула у потрошачким уговорима, тј. уговорима који инволвирају учешће слабије стране, претпостављено неправична (и ништава) ако је формулисана тако да искључује или ограничава право осигураника на судску заштиту. Не постоји могућност пружања другачијег доказа од стране професионалца. Желећи да потрошачима пружи што бољу заштиту, наш законодавац је претерао. С једне стране је подржао увођење алтернативних метода решавања потрошачких спорова, док је с друге изричито рекао да се уговарањем ни једног од тих метода не дира у право на судску заштиту. Наш законодавац као да је желео да у исто време постоји и право на тужбу и право на покретање поступка пред арбитражом.[57] Без намере да се ругамо, морамо приметити да овакво решење сведочи о елементарном непознавању института арбитраже.

Сматрамо да је одредба ЗЗП највећа сметња развоју арбитражног решавања потрошачких спорова. Она је конципирана тако да онемогућава да се у потрошачки уговор унесе ефектна (и ефикасна) арбитражна клаузула. Наиме, оваква формулација се може тумачити на два начина, од којих ни један није *in favorem* арбитражног решавања потрошачких спорова. Према првом тумачењу, ЗЗП омогућава потрошачу који је пристао на арбитражну клаузулу да поведе судски поступак. Како другачије разумети право потрошача „да покрене одређени поступак или употреби одређено правно средство"? Ако се усвоји ово тумачење, оно имплицира да арбитражна клаузула потрошачких уговора нема обавезујуће дејство у нашем праву. Заправо, потрошачу је свеједно: он може да се понаша као да иста није део уговора! Друго тумачење је још више лишено смисла. Наиме, из формулације ЗЗП би се дало закључити да потрошач има право да покрене судски поступак и након што је конституисана над-

---

спорова. Тема рада нас ограничава да не улазимо у даље разматрање проблемских ситуација које услед тога могу настати (нап. аут.).

[55] ЗЗП, заправо, посматра арбитражну клаузулу у контексту утицаја на право на судску заштиту. Ако је тако формулисана да искључује право на судску заштиту, неправична је и ништава!

[56] Нови ЗЗП, чл. 44, ст. 1 и ст. 3); стари ЗЗП, чл. 47, ст. 1 тач. 3).

[57] Слично и: Маја Станивуковић, 240.

лежност арбитраже сагласно његовом споразуму са професионалцем! Потрошач је подстакнут на овакво понашање законским одредбама које арбитражу чине „противном одредбама овог (ЗЗП) закона“!

Сматрамо да је друго тумачење погубније по интерес арбитраже као реномираног метода решавања спорова. Нема смисла закључивати арбитражни споразум ако он не обавезује другу страну – потрошача. Једно је предузети све кораке како би потрошач био довољно заштићен у погледу свог права да слободно и информисано одлучи о прихватању арбитражног решавања спорова, а нешто сасвим друго креирање правила којима се онемогућава нормално одвијање арбитражног поступка. Док се за прву групу правила гласно залажемо, другу сматрамо потпуно непотребном и опасном не само по функционисање арбитраже, већ и по интересе потрошача. Њима се не сме дозволити да „жонглирају“ између судских и вансудских метода решавања спорова. Ако су се информисано одлучили за арбитражу, не могу имати законско право да се предомисле и поступак покрену пред судом. Такво поступање значило би одуговлачење потрошачких спорова и затрпавање судског и вансудског апарата истим споровима.[58]

Уз то, одредба члана 143 је у директној супротности с одредбом члана 141 ЗЗП. Док се на једном месту изричито и недвосмислено каже да се потрошачки спорови могу решавати вансудским путем (без издвајања арбитраже од осталих алтернативних метода решавања спорова), на другом се арбитражна клаузула *de facto* проглашава неправичном и неефикасном! Сматрамо да је ЗЗП у делу који се односи на вансудско решавања остао неизмењен и неподстицајан за развој арбитражног решавања потрошачких спорова.

Иако при Привредној комори Србије функционише Стални изабрани суд (арбитража) она не може послужити за решавање спорова потрошача. Он је, наиме, надлежан за решавање спорова између привредних субјеката и других правних лица када је уговорена њена надлежност.[59] То је још један недостатак нашег институционалног

[58] Ако желимо да ствари доведемо до апсурда, примена ЗА и ЗЗП имала би за последицу следећу ситуацију: потрошач који реши да пред државним судом покрене поступак против професионалца могао би то учинити иако је везан арбитражном клаузулом. Дакле, он би у крајњој линији могао подићи тужбу и након покретања арбитражног поступка. Суд, дакле, не би на основу чл. 14 ЗА морао да се огласи ненадлежним, јер му то забрањује чл. 135 ЗЗП. Апсурдно, суд би могао да настави потрошачки спор, иако се истовремено води и арбитражни поступак поводом истог предмета спора. Пошто и арбитража може да настави решавање на основу ЗА (чл. 30, ст. 4), у нашем позитивном праву нема сметњи за вођење два паралелна поступ ка о истом предмету потрошачког спора (sic!). То, *in ultima linea*, значи да о истом предмету може бити различито одлучено: једном од стране суда, а други пут од стране арбитара.

[59] Правилник о Сталном изабраном суду (арбитража) при Привредној комори Србије, *Службени гласник РС*, бр. 28/11, чл. 1.

оквира решавања потрошачких спорова. Чак и да је ЗЗП омогућено арбитражно решавање ових спорова поставља се питање пред којом институцијом би се то чинило?[60]

4. ПРЕДЛОГ DE LEGE FERENDA

4.1. Слободан и информисан пристанак на арбитражу

Сматрамо да је за пуноважност арбитражног решавања потрошачких спорова кључно обезбедити слободан и информисан пристанак потрошача на арбитражу! Доследно спровођење овог захтева истичемо због великог коришћења општих услова пословања приликом закључења потрошачких уговора. Наиме, највећи број потрошачких уговора закључује се позивом на опште услове пословања. Таква техника закључења уговора – иако неспорно у служби бржег и ефикаснијег одвијања савременог правног промета – носи и одређене опасности.[61] Оне се испољавају као редуковање слободе уговарања на слободу (не)прихватања понуђених услова пословања, док се о слободи преговарања више и не може говорити. Те опасности су утолико веће уколико је друга страна потрошач.[62] Тада закључење уговора путем општих услова пословања носи потенцијалну опасност од нарушавања уговорне равнотеже на штету потрошача.[63]

[60] Једини пример коришћења арбитраже за решавање потрошачких спорова везан је за арбитражу коју је основало удружење туристичких организација ЈУТА. Арбитража је независни орган, поступак пред њом није бесплатан за потрошача. У општим условима пословања садржана је арбитражна клаузула. Вид.: Катарина Иванчевић, 256 257.

[61] Обично се каже да су општи услови пословања опасни за другу страну, која им генерално приступа без познавања свих уговорних клаузула. Вид.: Jean Calais Auloy, Henri Temple, 195.

[62] Потрошач поклања поверење професионалцу који је сачинио опште услове пословања. Али, постоји ризик да поверење буде изиграно, јер је уговор очигледно унапред састављен у корист професионалца! Вид.: Hans W. Micklitz, „Report of the practical implementation of Directive 93/13/EEC in the Federal Republic of Germany“, The „Unfair Terms“ Directive, Five Years On, Evaluation and Future Perspectives, Brus sels Conference, 1999, 221.

[63] Неједнакост у позицији страна има за последицу да страна која саставља опште услове пословања у њих уноси клаузуле које ограничавају или искључују права која друга страна има на основу диспозитивних одредаба закона или обичаја, клаузуле које искључују или ограничавају одговорност за повреде уговорних оба веза, итд. Када се у улози сауговарача нађе потрошач, он најчешће прихвата овакве клаузуле приступањем уговору који је професионалац унапред саставио, а да није свестан ни њиховог постојања, а камо ли правног значаја и значења. Вид.: Силвија Петрић, „О проблему неправедних одредаба потрошачких уговора у праву Европске заједнице и праву Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правног факултета у Мо стару*, бр. XV/2002, 205 206; Марко Ђурђевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, *Од caveat emptor до caveat venditor*, Крагујевац 2009, 247.

Опште услове пословања унапред састављa професионалац или удружење професионалаца. Они могу бити саставни део уговора који потрошач потписује; али могу бити и део документа који потрошач не потписује, али за који се сматра да га је прихватио.[64] Такође, они могу, потпуно или делимично, бити одштампани на каталогу, фактури, потврди о испоруци, итд.[65] Иако општи услови пословања нису ексклузивно обележје потрошачког права, њима се посвећује посебна пажња управо из разлога закључења уговора потрошача са професионалцем, који је унапред и самостално припремио клаузуле будућег уговора. О општим условима пословања не може се преговарати: они се могу прихватити или одбити у целини.[66] Ако потрошач пристане на опште услове, закључује се адхезиони уговор.[67] Немогућност преговарања о клаузулама општих услова пословања, с једне стране, и наметање уговорних одредаба, с друге стране, кључни су разлози придавања толике пажње општим условима пословања и феномену адхезионих уговора у потрошачком праву.[68]

Основни проблем с уношењем арбитражне клаузуле као стандардне клаузуле у потрошачке уговоре је што потрошач који закључује уговор најчешће не зна да уговор садржи ову клаузулу.[69] Она може бити штампана малим словима или на полеђини уговорног документа. Чак и да професионалац укаже потрошачу на арбитражну клаузулу, просечан потрошач не разуме језик саме клаузуле, као ни домашај њеног уношење у уговор.

Дакле, сматрамо да је за пуноважан арбитражни споразум кључно да је потрошач донео слободну и информисану одлуку.[70] Он

64 Jean Calais Auloy, Henri Temple, 195.

65 *Ibidem*.

66 Марко Ђурђевић, „Општи услови уговора и заштита потрошача“, *Од caveat emptor до caveat venditor*, Крагујевац 2009, 247; Jean Calais Auloy, Henri Temple, 195.

67 Адхезиони уговори су шира категорија и не односе се само на уговоре закључене прихватањем општих услова пословања. Ми ћемо се ограничити на адхе зионе уговоре унапред састављене и у писменој форми (нап. аут.).

68 Уговори по приступу нису ограничени на одређену врсту уговора, нити на квалитет једне уговорне стране. Вид.: Brigitte Lefebvre, „Le contrat d'adhésion“, *Le revue de notariat*, Vol. 105, 2003, 441.

69 Frederick L. Miller, „Arbitration Clauses in Consumer Contracts: Building Barriers to Consumer Protection“, *Michigan Bar Journal*, No. 78, 1999, 302.

70 Пример референтног приступа је Протокол Америчке арбитражне асоцијације. Он под Принципом 11 регулише арбитражни споразум. Потрошачу се у вези с тим мора: 1) указати на јасан и одговарајући начин на одредбу о арбитражи и њене последице, укључујући и изјаву о њеном обавезујућем или опционом карак теру; 2) пружити разуман приступ информацијама које се односе на арбитражни поступак, укључујући разликовање између арбитраже и судског поступка, трошкове повезане с једним и другим и савет како могу добити комплетније информације које

мора на јасан начин бити упозорен на правне последице закључења арбитражног споразума – одрицање од судске заштите. На професионалцу треба да буде терет упознавања потрошача с последицама арбитражног споразума.[71] Из разлога заштите потрошача арбитражни споразум морао би бити закључен у одређеној форми. На пример, у Хрватској се захтева да арбитражни споразум буде у посебној исправи коју су потписале обе стране. Исправа не сме да садржи никакав други договор страна осим онога који се тиче арбитражног споразума.[72]

Стога сматрамо да будући законски оквир арбитражног решавања потрошачких спорова треба конц累ипирати тако да одредба ЗА о пуноважности арбитражног споразума садржаног у општим условима пословања не буде примењива на потрошачку арбитражу. Наиме, ЗА каже да се споразум о арбитражи сматра закљученим и ако се странке у писменом уговору позову на друго писмено које садржи споразум о арбитражи (општи услови за закључење правног посла, текст другог уговора и сл.) ако је циљ тог позивања да споразум о арбитражи постане саставни део уговора.[73] Позивање на опште услове или текст другог уговора који садрже арбитражни споразум никако није у интересу потрошача. Штавише, такав начин прихватања арбитражног споразума треба да буде на „удару" потрошачког законодавства. Потрошач најчешће нема времена, жеље, а ни компетентности да прочита целе опште услове пословања. Он их просто прихвата, иако највећи број њихових одредаба не разуме! Стога је неопходно заштитити потрошача од „лавовских" одредаба општих услова и заштитити њихово право на информисано одлучивање о начину решавања спорова произашлих из уговорног односа који обележава неједнакост!

4.2. Трошкови арбитраже

Сматрамо да потрошачка арбитража – сам назив сугерише на разлику у односу на класичну (традиционалну) арбитражу – има „добре шансе" ако се конципира тако да се отклоне потенцијалне

се односе на арбитражни поступак и списак арбитара; 3) упућивање на могућност коришћења поступка пред судом као алтернативе обавезујућој арбитражи у одговарајућим случајевима и 4) јасна изјава о начину на који потрошач може вршити право избора, ако оно постоји, да спор изнесе пред арбитражу или пред суд.

[71] Тако и: Катарина Иванчевић, „Решавање потрошачког спора пред арбитражом", Strengthening Consumer Protection in Serbia, Liber Amicorum Svetislav Taboroši, Thierry Bourgoignie, Tatjana Jovanić (eds.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2013, 269.

[72] Закон о арбитражи Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 88/01, чл. 6.

[73] Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/06, чл. 12, ст. 4 (даље: ЗА).

опасности по заштиту потрошача. Први проблем потрошачке арбитраже су трошкови, тј. учешће потрошача у трошковима.[74] У теорији се сматра да трошкови поступка делују прохибиторно на покретање арбитражног поступка од стране потрошача.[75] Потрошач који се суочи с повредом неког права пре него што „пресавије табак“ мора

[74] Европски суд правде (даље: ЕСП) се о овоме изјаснио у случају *Océano Grupo Editorial SA и Salvat Editores SA v. Rocío Murciano Quintero и други*. У току 1995. и 1996. године Océano Grupo Editorial SA је закључило низ уговора о купопродаји с оброчним плаћањем с грађанима из различитих делова Шпаније, а предмет продаје биле су енциклопедије за личну употребу. Реч је о стандардним уговорима које је унапред саставио продавац, а који су садржали клаузулу о искључивој надлежности суда у Барселони. Барселона је град у коме се налази седиште поменуте компаније, док су купци пореклом из различитих делова Шпаније сви били приморани да заштиту остварују пред судом који је био удаљен од њиховог пребивалишта и по неколико стотина километара. У току 1997, након што су купци пропустили да плате уговорене оброке, продавац је поднео тужбу пред судом у Барселони. Будући да је суд у Барселони био удаљен од места пребивалишта потрошача, суд је правилно пошао од тога да би *њихов долазак у Барселону био скопчан са великим трошковима. Ово утолико пре што је тужбени захтев мале вредности, а трошкови повезани са доласком на суд или заступањем пред судом несразмерни. Стога је врло вероватно да би трошкови деловали одвраћајуће на потрошача, који би у намери да их избегну одустали од улагања приговора или правног лека.* Доказ неравнотеже поменуте пророгационе клаузуле представља чињеница да је она извор увећаних трошкова за потрошаче, а уштеде на страни продавца. Оваква клаузула омогућава продавцу да све спорове из свог пословања са потрошачима решава пред судом свог седишта, што му знатно олакшава долазак на суд и заступање. Наслутивши да је питање врло осетљиво, Суд (Juzgado de Primera Instancia de Barcelona) пред којим је захтев подигнут обратио се Европском суду правде (даље: ЕСП) са питањем да ли је опсег заштите коју потрошачима пружа Директива 93/13 о неправичним клаузулама у потрошачким уговорима такав да национални суд може по службеној дужности утврдити да ли је одредба уговора неправична при прелиминарној оцени да ли се може допустити даље поступање по тужби пред редовним судовима. У одговору ЕСП полази од тога да циљ чл. 6 Директиве 93/13 да неправичне одредбе уговора не обавезују потрошача не би могао бити остварен ако би сам потрошач морао да улаже приговор неправичности одредбе. Стога је за заштиту потрошача кључно да суд може по службеној дужности да процени неправичност арбитражних и пророгационих клаузула. Суд изричито каже да је „национални суд дужан да, при примени одредби националног права...тумачи те одредбе, у мери у којој је то могуће, у светлу текста и сврхе Директиве. Захтев за тумачењем у сагласности са Директивом намеће националном суду посебно да предност даје тумачењу које би му допустило да по службеној дужности отклони надлежност која му је поверена путем неправичне клаузуле.“ Како се у теорији примећује, процесно правило о поступању суда по службеној дужности надовезује се на материјално правило о ништавости неправичних одредби (Вид.: Ивана Кунда, 260). Сличан став ЕСП заузео је и у случају *Cofidis SA v. Jean Louis Fredout*. Разлика је само у томе што је ЕСП нагласио да дужност националних судова да сами испитују неправичност уговорних одредби у потрошачким уговорима не може бити ограничена било каквим застарним роковима.

[75] Детаљније о последицама по одвијање потрошачких трансакција: Stephen J. Ware, „Paying the Price of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements“, *Journal of Dispute Resolution,* No. 1, 2001, 1 12.

да измири део трошкова арбитражног поступка. Ако су трошкови тако одређени да се не прави разлика између потрошачке и класичне (трговачке) арбитраже, потрошачи са ниским приходима неће моћи да покрену поступак за заштиту својих права.[76] Из овог угла посматрано, уношење арбитражне клаузуле у потрошачки уговор има за последицу лишавање потрошача сваке могућности вршења права на приступ суду.[77] Реч је о озбиљном проблему потрошачке арбитраже.[78] Потрошач који не може себи приуштити плаћање трошкова остаће без заштите.[79] То, даље, значи да је цена правде пред арбитражом недостижна за потрошаче са нижим примањима. Да ствар буде још гора: овако конципирана арбитража доводи до тога да професионалци бивају *de facto* екскулпирани за неиспуњење обавеза и уопште повреду права потрошача са ниским примањима.[80] Проблем се може решити само на један начин: укидањем учешћа потрошача у трошковима арбитраже, тј. обавезивањем професионалца да у потпуности сноси све трошкове.[81] Само тако се потрошачима

---

[76] Судска пракa у америчким државама није на овој линији размишљања. Постоје три случаја из којих се види јасно опредељење судија у корист арбитражног решавања потрошачких спорова, иако су потрошачи покушали да докажу да им трошкови које треба да плате пре подношења тужбе чине немогућим покретање поступка. То су: *North American Van Lines v. Collyer, Rollins versus Foste* и *Green Tree Financial Corporation v. Randolph.* Међутим, став судске праксе је потпуно другачији када је реч о арбитражној клаузули садржаној у уговору о раду. У случају *Cole v. Burns International Security Services* суд је изразио мишљење да послодавац не може условљавати заснивање запослења потписивањем арбитражне клаузуле према којој запослени треба да плати све трошкове или део хонорара арбитара. Детаљније: Julia A. Scarpino, „Mandatory Arbitration of Consumer Disputes: A Proposal to Ease the Financial Burden on Low Income Consumers“, *Journal of Gender, Social Policy and The Law,* Vol. 10:3, 2002, 692 704.

[77] Теоретски посматрано, арбитражна клаузула *per se* није неправична, али јесте ефекат који она изазива. Трошкови које потрошач треба да предујми утичу на вршење права на приступ суду. То арбитражну клаузулу чини неправичном.

[78] Приставши на арбитражну клаузулу, потрошач се добровољно одрекао права на приступ суду. Међутим, он није могао знати да се пристанком на арбитражну клаузулу *de facto* одриче сваког вида правне заштите.

[79] Mark E. Budnitz, „The High Cost of Mandatory Consumer Arbitration“, *Law and Contemporary Problems*, Winter/Spring 2004, 135.

[80] То није правично и компромитује арбитражу као метод решавања потрошачких спорова. Вид.: Julia A. Scarpino, 687.

[81] Потрошач који се обраћа суду није дужан да плати или учествује у плаћању хонорара судије. Арбитража не може бити адекватна алтернатива судском путу заштите права ако се потрошач оптерети плаћањем хонорара арбитара и уопште трошкова поступка. Осим тога, Директива о алтернативном решавању потрошачких спорова обавезује државе чланице да убудуће обезбеде да поступак пред органом АДР буде бесплатан за потрошача или да минимално кошта (Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution

може омогућити да заиста користе арбитражу као начин решавања спорова.[82]

Питање трошкова арбитраже може и мора бити решено на законодавном или институционалном плану. Сталне арбитражне институције треба да донесу посебне правилнике за потрошачку арбитражу и да њима уреде питање расподеле трошкова.[83] Утицај трошкова арбитраже на доступност овог вида заштите права потрошача је проблем који се не може решити другачије. Све и да је пажљиво читао арбитражну клаузулу и да је упознат са њеним домашајем, просечни потрошач не може у часу њеног прихватања знати колико она кошта. Ниједна арбитражна клаузула не указује на висину трошкова арбитраже, нити на њихову расподелу међу странама.[84] Потрошач, дакле, не може унапред знати колико ће га коштати арбитражно судовање. Из овога произлази да он не поседује све информације неопходне за доношење информисане одлуке о пристанку на арбитражу.[85] Како многи професионалци арбитражну клаузулу уносе у опште услове пословања или стандардне уговоре и од њене примене не одступају, јасно је да потрошачи неће бити у могућности да прибаве неопходну робу и услуге ако „у пакету“ не пристану на арбитражну клаузулу.[86]

4.3. Ограничења у погледу примене меродавног права

Трећа тачка спотицања потрошачке арбитраже представља могућност уговарања примене обичаја или решавања спора на осно-

for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, чл. 8, ст. 1, тач. ц).

82 У америчкој судској пракси је истакнуто да је „арбитража замишљена као разумни супститут државног суда“! Тиме се истиче колико је битно да трошкови арбитраже не буду одвраћајући фактор за потрошача са ниским приходима. Вид.: Julia A. Scarpino, 703.

83 American Arbitration Association је то учинило 2003. године доневши нова правила за потрошачке спорове. Иако је овим правилима предвиђено учешће потро шача у трошковима арбитражног поступка, правила пружају заштиту потрошачима који нису у стању да плате трошкове (на сличан начин на који могу бити ослобођени трошкова поступка пред државним судом).

84 Julia A. Scarpino, 688.

85 Потрошачи не дискутују са професионалцима о начину решања будућих спорова у тренутку закључења потрошачког уговора, иако би требало! Узмимо као пример уговор о осигурању. Према директивама ЕУ и националним законима држава чланица, осигуравач је дужан да пружи потрошачу осигурања бројне информације, међу којима је и она о начину решавања спорова. Осигуравач који то не учини и који још у опште услове осигурања унесе арбитражну клаузулу свакако крши своју обавезу.

86 То њихову позицију чини још рањивијом и указује на поремећај уговорне равнотеже на који морају пристати зарад набављања потребних роба и услуга. Julia A. Scarpino, 704 705.

ву правичности (*ex aequo et bono*).[87] Иако је то несумњива предност арбитраже за пословни свет, за потрошаче је то извор ризика.[88] Уговарање примене обичаја или принципа правичности истовремено значи онемогућавање примене позитивноправних правила протекционистички настројених према потрошачу.[89] Реч је о императивним (или полуимперативним) стандардима заштите, којих се потрошач не може одрећи. Стога сматрамо да потрошачка арбитража треба да се разликује од трговачке по томе што се може уговорити примена националног права као меродавног, а не и примена обичаја и принципа правичности. Право које ће потрошачка арбитража примењивати мора бити одређено већ у моменту закључења арбитражне клаузуле.[90] Има аутора који предлажу да се с циљем заштите потрошача као меродавно одреди право државе пребивалишта потрошача.[91] Из истих разлога не би требало дозволити уговарање надлежности арбитраже чије је седиште удаљено од пребивалишта потрошача.[92]

За исход поступка који се покреће од стране потрошача једнако је значајно и процесно право. Како је арбитража уговорна творевина страна, може се догодити да уговоре примену процесних правила која не „иду на руку" потрошачима. Наиме, већина права данас познаје специфична правила судске процедуре у потрошачким споровима (поједностављена процедура, рок за доношење одлуке,

---

[87] Harry T. Edwards, „Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?", *Harward Law Review,* Vol. 99, 1986, 678.

[88] Уговорна природа арбитраже омогућава странама да створе сопствени суд, по сопственој мери! Могућност избора меродавног материјалног и процесног права, седишта арбитраже и осталих елемената којима се креира софистицирани арбитражни поступак несумњиво је у интересу пословног света. Међутим, на избор поменутих елемената не може се гледати на исти начин када професионалац закључује арбитражу са потрошачем који је слабија страна.

[89] У Немачкој осигуравачи одбијају да исплате одштетни захтев заснован на арбитражној пресуди, ако арбитража није изричито поменута као начин решавања спорова у општим условима осигурања од одговорности. Осим тога, немачки осигуравачи традиционално одбијају да исплате одштетни захтев када је арбитража решавала на основу принципа правичности. Они сматрају да таква одлука не може бити изједначена с одлукама државних судова који примењују право. Вид.: Erich Prölls, „Schidsverfahren über Haftpplichtansprüche und Haftpflichtversicherungsschutz", *VersicherungsRecht*, 1965, 102 и след.

[90] Hubertus Labes, „Arbitration of Insurance Disputes in Germany", 940.

[91] Иако је ово право које потрошач по природи ствари најбоље познаје, питање је колико је оправдано инсистирати на примени права државе пребивалишта потрошача. Шта ако је уговорена примена права неке друге државе (никако државе седишта професионалца) које је повољније по интересе потрошача? Вид.: Jonnette Watson Hamilton, „Pre Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice", *McGill Law Journal*, Vol. 51, 2006, 726.

[92] Jonnette Watson Hamilton, 726.

помоћ суда у току поступка, итд).[93] Поента тих правила је заштита положаја потрошача и повећање његових шанси да победи у спору. С тим у вези сматрамо да потрошачка арбитража никако не може бити *ad hoc* арбитража. Постоји низ правила, тј. ограничења аутономије воље страна у функцији обезбеђења права на правично суђење у потрошачких споровима: место арбитраже,[94] ограничења истражног начела,[95] забрана уговарања надлежности арбитра појединца уместо већа, ограничења висине одштете.[96] Што је још повољније по потрошаче, неке институције су донеле посебна правила за решавање потрошачких спорова.[97]

Да легитимитет потрошачке арбитраже умногоме зависи од тога да ли је потрошачу обезбеђен правичан и фер поступак показује одлука Европског суда правде у случају *Asturcom Telecomunicasiones SL v Christina Rodríguez Nogueira*.[98] У овом случају је ЕСП одлучио

[93] Ни наше право није изузетак. Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/11) садржи посебан одељак посвећен потрошачким споровима (чл. 488 493).

[94] Оно не сме бити много удаљено од пребивалишта или боравишта потро шача. То да ли је уговорено седиште арбитраже много удаљено цени се поређењем трошкова путовања са очекиваним трошковима одштете. Пример неправичне арби тражне клаузуле налазимо на интернет сајту познате компаније *Amazon*, где се каже да се сви спорови настали у вези са производима купљеним посредством овог сајта решавају пред арбитражом са седиштем у Сијетлу (Вашингтону).

[95] Још једна од предности арбтраже која се доводи у везу са смањењем трош кова. Из угла потрошача трошкови ће бити смањени превањивањем на професионал ца, али не на начин којим се потрошачу онемогућава да изнесе све чињенице у своју корист или да одговори на наводе професионалца. Утолико пре што је слабија стра на. Вид.: Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, *Mandatory Arbitration and Consumer Contracts*, Public Interest Advocacy Centre and Option consommateurs, 2004, 29.

[96] Арбитражне клаузулу америчких компанија неретко ограничавају износ одштете који се може досудити потрошачу. Овај елемент је довољан да се клаузула прогласи неправичном из угла континенталног права.

[97] American Arbitration Association Consumer Due Process Protocol. У овом протоколу изричито стоји да ако арбитража утврди да се клаузулом о решавању спо рова одступа од минималних процесних гарантија за потрошача може одбити да ре шава спор. Детаљније: Cherisse Mastry, „The AAA's Consumer Due Process Protocol", *Journal of Texas Consumer Law,* No. 534, 2001, 43 44.

[98] Предмет спора је уговор о претплати за мобилни телефон, који је садржао арбитражну клаузулу о надлежности арбитраже Asociacíon Europea de Arbitraje de Derecho y Eqidad (AEADE). Ова арбитражна институција помиње се и у случају Mostaza Claro. Њено седиште је Билбао, али то није било наведено у уговору! Како госпођа Rodríguez Nogueira није платила неколико рачуна и раскинула је уговор пре истека минималног периода на који је закључен, *Asturcom* је покренуо арбитраж ни поступак. На основу арбитражне одлуке поменута госпођа је обавезана да пла ти износ од 669,60 евра. Након што је одлука постала коначна, *Asturcom* је тражио њено извршење пред првостепеним судом у Билбаоу (Juzgado de Primera Instancia No 4 de Bilbao). Суд је сматрао да је арбитражна клаузула неправична, нарочито

да национални суд пред којим се подноси захтев за извршење арбитражне одлуке – која је постала коначна и која је донета у одсуству потрошача – мора по службеној дужности да процени да ли је арбитражна клаузула садржана у уговору између потрошача и професионалца (не)правична, као и какве правне последице услед тога настају по националном праву![99] Ово независно од држања потрошача у арбитражном поступку: његово непојављивање пред арбитражним судом може бити последица немогућности покривања трошкова одбране у месту сувише удаљеном од његовог пребивалишта. Национални суд зарад заштите потрошача – био он активан или пасиван у спору – мора по службеној дужности да пази на неправичност арбитражне клаузуле.

4.4. Арбитри

Четврти проблем представљају арбитри. За разлику од судија, арбитри у класичној арбитражи не морају имати правно образовање.[100] Заправо, многи међу њима имају велико пословно искуство, што их чини иницијално наклоњеним професионалцима.[101] Чак и

због удаљености седишта арбитраже од пребивалишта потрошача. Његови путни трошкови до места арбитраже могу бити већи од вредности предмета спора, што се нужно одражава на могућност изношења одбране од стране потрошача. Што је још битније, место арбитраже није било наведено у уговору. Из тог разлога је првостепе ни суд правилно сматрао арбитражну клаузулу извором нарушавања уговорне рав нотеже на штету потрошача (тешкоће које појављивањем пред арбитражом у Билбоу настају за потрошача наспрам су предности које услед концентрације парничења у истом месту и пред истим судом користи трговац!). Разлика у односу на случај *Mostaza Claro*, који ћемо касније навести, је у следећем: тужена није учествовала у арбитражном поступку, нити је поднела тужбу за поништај арбитражне одлуке. Она се, дакле, држала врло пасивно. Вид.: C 40/08, 6. октобар 2009.

99 „Директива 93/13 о неправичним одредбама у уговорима закљученим са потрошачима мора се тумачити на начин да националном суду пред којим је под нет захтев за извршење коначне арбитражне одлуке, која је донета у одсуству по трошача, намеће, ако су му доступни правни и чињенични елементи неопходни за тај задатак, службену дужност оцењивања да ли је арбитражна одредба у уговору закљученом између продавца и пружаоца услуга и потрошача неправична, у мери у којој према националним процесним правилима може спровести такву процену у сличним поступцима домаће природе. Ако је тако, суд има дужност да утврди све последице које из тога произлазе у складу са националним правом, да би обезбедио да потрошач није везан том одредбом“. Детаљније: Ana Keglević, „Pre contractual Information Duty and Unfair Contract Terms Open questions and dilemmas“ *Insurer's Precontractual Information Duty*, Turkish Chapter of AIDA, Istanbul 2013, 97.

100 Ако нису правници по образовању, тешко је очекивати да се арбитри при државају високих моралних стандарда правне струке. Вид.: Cherisse Mastry, 43.

101 Осим тога, они „живе“ од спорова који се воде против професионалаца. За разлику од потрошача који се најчешће појављују пред арбитражом само једном (енг. one off players), професионалци су редовни корисници услуга арбитраже (енг. Repeat Players). У том смислу се може говорити о пристрасности арбитара пре

да су правници, ако нису специјализовани за потрошачко право, арбитрима неће бити лако да „изађу на крај“ с комплексним правним питањима везаним за заштиту потрошача.[102] Стога се у упоредном праву среће захтев да арбитражно веће буде сачињено од правника, да одлучује применом меродавног права и да арбитражна одлука буде сачињена у писменом облику и образложена.[103] Потрошачу се мора пружити могућност да учествује у избору арбитара.[104] Стога је изузетно лоша по интерес потрошача одредба нашег ЗЗП која странама у спору дозвољава да „споразумно повере решавање потрошачког спора арбитру којег изаберу у складу са законом којим се уређује арбитража“.[105] Потрошачка арбитража – која тек треба да се уобличи у нашем праву – не може бити поверена арбитру појединцу, већ искључиво већу. Разлози поништаја арбитражне одлуке треба да се прошире, тако да одлука може бити оспорена и ако потрошач тврди да арбитри нису исправно применили меродавно право или да нису применили исправно право.[106]

4.5. Недостатак транспарентности

Конфиденцијалност арбитражног поступка је једна од највећих предности арбитраже у односу на судски поступак. Иако професионалци имају интерес да се обезбеди тајност поступка пред арбитражом, исти интерес не уочавамо код потрошача. Заправо, приватност поступка потрошачима вишеструко штети.[107] Прво, она онемогућава „потрошачкој јавности“ да се упозна са споровима који воде други потрошачи са професионалцима. Тиме се посредно доприноси неоткривању различитих модалитета незаконитог понашања професионалаца. Просечни потрошач има интерес да се упозна са узро-

ма професионалцима и наклоњености њиховим интересима. Детаљније о овом разликовању: Donna M. Bates, 855.

[102] Противници арбитраже користе овај аргумент да би закључили да потро шачи имају мање шансе да добију спор пред арбитражним судом него пред судом. Арбитар, који није правник и који има пословно искуство у решавању спорова из пословних односа, није у стању да се поистовети са потрошачем, жртвом злоупотре бе надмоћније позиције професионалца. Вид.: Julia A. Scarpino, 686.

[103] Hubertus Labes, „Arbitration of Insurance Disputes in Germany“, 940.

[104] Никако не може бити пуноважна клаузула којом се професионалцу даје једнострано овлашћење избора арбитра појединца надлежног за решавање потро шачког спора. Детаљније: Jonnette Watson Hamilton, „Pre Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice“, *McGill Law Journal*, Vol. 51, 2006, 726.

[105] ЗЗП, чл. 134, ст. 2.

[106] Jonnette Watson Hamilton, 726.

[107] Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, *Mandatory Arbitration and Consumer Contracts*, Public Interest Advocacy Centre and Option consommateurs, 2004, 31.

цима потрошачких спорова, јер на основу њих може сазнати да је и сам жртва незаконитости или уопште злоупотребе положаја од стране професионалца. Друго, приватност арбитражног поступка онемогућава формирање арбитражне праксе у погледу потрошачких спорова.[108] Због тога изостаје позитиван ефекат одлуке на понашање компаније која је пружила робу или услугу.[109] Како се не суочава с упознавањем шире јавности са њеним потрошачки некоректним поступцима, компанија наставља да се понаша на идентичан начин према потрошачима. Треће, постоји ризик од неконзистентних одлука. Како арбитражна одлука није доступна, а ни обавезујућа у будућим споровима, може се десити да две арбитраже донесу потпуно различите одлуке при истом или сличном чињеничном стању.[110]

4.6. Непостојање права на жалбу и ограничене могућности оспоравања арбитражне одлуке

Један од аргумената против арбитражног решавања потрошачких спорова тиче се ограничених могућности нападања арбитражне одлуке.[111] Жалба против арбитражне одлуке није дозвољена, док се тужба за поништај подноси из тачно одређених разлога. Из овога произлази да једном донета арбитражна одлука на штету потрошача нема много изгледа за неуспех. Међутим, ЕСП је у случају *Mostaza Claro* заузео становиште да се „директива 93/13 мора тумачити на начин да национални суд пред којим се води поступак за поништај арбитражне одлуке мора утврдити да ли је арбитражни споразум неваљан и поништити одлуку, чак и ако потрошач није приговорио тој неваљаности током арбитражног поступка, већ само у поступку за поништај“.[112] Само на тај начин може се остварити

[108] О значају публиковања судске праксе у вези с потрошачким споровима говори податак да наш ЗЗП обавезује надлежно министарство да објави доступну судску праксу у вези са поднетим захтевима потрошача за укидањем неправичних уговорних одредби у потрошачким уговорима и непоштеног пословања (чл. 141 у вези са чл. 137).

[109] Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, 32.

[110] Susan Lott, Marie Hélène Beaulie, Jannick Desforges, 32.

[111] Miljenko Appio Giunio, „Mogućnosti napadanja arbitražne odluke“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vo. 2 3, 2006, 771 799.

[112] Спор у предмету *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL* везан је за уговор о пружању услуга мобилне телефоније закључен 2002. године између шпанског друштва Centro Movil Milenium SL и госпође Elisa Maria Mostaza Claro. Уговор је садржао арбитражну клаузулу, којом је за све спорове из тог уго вора уговорена надлежност арбитраже Asociacíon Europea de Arbitraje de Derecho y Eqidad (AEADE). Госпођа Mostaza Claro није поштовала уговорну одредбу о најкраћем трајању претплатничког периода, те је продавац покренуо поступак пред арбитражом. Арбитража је писмом позвала тужену да у року од 10 дана одбије подвргавање арбитражи, објаснивши јој да може покренути судски поступак. Она

циљ чл. 6 и 7 Директиве 93/13, тј. спречити да потрошач буде везан неправичним уговорним одредбама и одвратити трговце од уношења оваквих клаузула у уговоре са потрошачима.[113]

5. ЗАКЉУЧАК

Законодавни и институционални оквир решавања потрошачких спорова у Србији пати од некомплетности и недовршености. То се посебно односи на арбитражно решавање потрошачких спорова. Залажемо се да се ово питање уреди у ЗА, ЗЗП или посебном Закону о алтернативном решавању потрошачких спорова на следећи начин. Арбитражна клаузула не треба да буде обухваћена тзв. црном листом неправичних клаузула. Она не мора бити *a priori* неправична и ништава. Арбитражну клаузулу садржану у потрошачким уговорима треба посматрати кроз призму теста правичности из Директиве 93/13 и домаћег права. Ако је реч о клаузули која је наметнута потрошачу – што ће бити случај ако је садржана у општим условима пословања – и ако се њоме нарушава уговорна равнотежа на штету потрошача, арбитражна клаузула је неправична. При том се залажемо да се усвоје одређени критеријуми процене да ли је уговорна равнотежа нарушена. То су: седиште арбитраже (не сме бити превише удаљено од пребивалишта потрошача), уговарање надлежности арбитра појединца уместо већа, уговарање примене обичаја или принципа правичности уместо права, преваљивање трошкова поступка на потрошача, итд. Из анализе праксе ЕСП закључујемо да је арбитражна клаузула, коју је унапред саставио продавац с циљем да се надлежност за све спорове из уговора у вези са његовим пословањем повери арбитражи у месту његовог седишта, искључиво у његову корист и као таква неправична. Дакле, ако узмемо пример Србије, то би значило следеће: арбитражна клаузула садржана у уговору који је потрошач из Ниша или Суботице закључио са трговцем из Београда, којом пристаје на надлежност арбитраже у Београду, представља пример неправичне клаузуле. Њен учинак се састоји у нарушавању уговорне равнотеже на штету потрошача, који би морао да рачуна са знатним трошко-

није оспорила надлежност арбитраже, нити арбитражног споразума, већ је ушла у расправу о предмету спора. Након спроведеног поступка, донета је одлука којом је тужена обавезана на одређену исплату. Госпођа Mostaza Claro је, након негативног исхода поступка, оспорила арбитражну одлуку позивајући се на неправични карак тер арбитражне клаузуле и њену ништавост. Суд у Мадриду је упутио питање ЕСП, будући да је био у дилеми због пасивног држављања потрошача у арбитражном по ступку и непозивања на неправичност арбитражне клаузуле.

[113] То не било било могуће ако национални суд не би могао санкционисати неправичну одредбу само зато што је потрошач пропустио да се позове на њу! Тако и: Ивана Кунда, 265.

вима ако жели да се обрати тој институцији у својству тужиоца или ако треба да изнесе своју одбрану (морао би да изостане са посла, да плати трошкове превоза, највероватније и смештаја). Реч је о трошковима који знатно премашују вредност предмета спора, због чега још више могу да одврате потрошача у његовој намери да „истера правду“. Потрошачка арбитража треба, дакле, да инволвира минимум стандарда заштите потрошача. Уважавајући праксу ЕСП, национални судови су дужни да *ex officio* пазе на неправични карактер арбитражне клаузуле садржане у потрошачким уговорима.

Dr Nataša Petrović Tomić

Assistent Professor
Faculty of Law University of Belgrade

RESOLUTION OF CONSUMER DISPUTES THROUGH ARBITRATION

With special regard on insurance disputes

Summary

Efficient resolution of consumer disputes contributes to the strengthening of consumer protection. As the increasing of number of consumer contracts necessary increase consumer disputes, there is an interest in developing the Alternative Disputes Resolution. The paper is devoted to the question of arbitrability of consumer disputes. At the beginning of the paper author points out at the difference between European and American approach to the arbitration of consumer disputes. Having in mind the premise that classic (commercial) arbitration is not a priori suitable on consumer disputes author advocates introduction of specific consumer arbitration. The largest part of the paper deals with the characteristics of proposed consumer arbitration in order to prevent clause of arbitration to be void as unfair contract term. It is underlined the importance of free and informed consent of consumer on arbitration clause. At the conclusion, author cites approach of European Court of Justice according to which national courts have to look after unfair character of arbitration clause contained in consumer contract ex officio.

Key words: *Consumer. – Consumer Contract. – Consumer Protection. – Clause of Arbitration. – Arbitrability.*

УДК 342.24(493); 323(493)

CERIF: S148

Др Марко Станковић[*]

ШЕСТА ДРЖАВНА РЕФОРМА У БЕЛГИЈИ: НОВИ, АЛИ НЕ И ПОСЛЕДЊИ СТАДИЈУМ ДЕВОЛУЦИЈЕ

Устав Белгије из 1831. један је од најстаријих важећих устава у свету, познат по томе што је остао на снази упркос промени државног уређења. Почев од 1970, у Белгији је спроведено укупно шест државних реформи, а та монархија се од централизоване унитарне државе претворила у децентрализовану федерацију. Притисци за даљу деволуцију су све јачи, а међу значајним делом припадника фламанске заједнице постоје јасно изражене тежње за отцепљењем од Краљевине Белгије и формирањем сопствене државе. Овај рад у првом делу укратко приказује пет раније спроведених реформи уставног система, у другом анализира измене које су 2011. договорене политичким споразумом (тзв. Лептировим споразумом), а спроведене у шестој државној реформи крајем 2013, као и могуће епилоге државне кризе, која траје готово целу деценију.

Кључне речи: *Краљевина Белгија. Шеста државна реформа. Федерализам. Деволуција. Лептиров споразум.*

1. БЕЛГИЈСКИ УСТАВ ИЗ 1831. ГОДИНЕ

Тешко би било на адекватан начин анализирати развој Белгије, а немати на уму да она, попут Швајцарске, представља подручје на којем се сусрећу романска и германска култура, с обзиром на то да „линија деобе између јужног, латинског, и северног, германског, дела Европе пролази управо кроз белгијску територију“.[1] Другим речи-

[*] Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *stankovicm@ius.bg.ac.rs*.

[1] Kris Deschouver, „Kingdom of Belgium“, *A Global Dialogue on Federalism (Volume 1): Constiitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries* (Ed. John Kincaid), Montreal & Kingston London Ithaca 2005, 49.

ма, „Белгија се састоји од две области, северне, Фландрије, и јужне, Валоније, које настањују Фламанци и Валонци, две посебне етничке скупине, од којих прва говори један германски језик – холандски, а друга један романски – француски“.[2] Језичка подела је можда и кључно обележје историје ове западноевропске државе. „Најважнији аспект лингвистичке разноликости јесте јасно постављена језичка граница, која дели постојећу државу Белгију на два дела, простирући се од истока према западу, од Лила до Ахена у Немачкој“.[3] Северно од ове границе говори се холандски, а јужно француски језик.

Устав Белгије из 1831. је, уз уставе САД из 1787. и Швајцарске из 1874, дуго био угаони камен у развоју уставности у свету, пре свега у XIX веку. Тај устав је, као један од првих устава класичних парламентарних монархија у Европи, постао узор многим каснијим уставима (између осталих и Уставу Краљевине Србије из 1888, који се у науци сматра најбољим српским уставом). Велики британски конституционалиста Алберт Вен Дајси (*Albert Venn Dicey*) је, одајући признање квалитету белгијског уставног текста, рекао да је белгијски устав „веома близу тога да буде писана репродукција енглеског устава“.[4] Устав Белгије је првобитно донесен само на француском језику (иако је холандским говорило око 60% становника у држави). Зато изненађује податак да тај устав, који је од самог почетка био неприхватљив за већинску националну групу у држави и није био одраз друштвене реалности, за првих скоро век и по свог важења није претрпео суштинске промене.

Белгија је била „буржоаска, либерална, парламентарна, световна, унитарна и франкофона монархија“.[5] Без сумње највећу пажњу приликом проучавања процеса реформе белгијске државе побуђују управо последња два њена изворна обележја – унитарно државно уређење и француски као једини језик у службеној употреби – јер се у њима налази „клица“ каснијих захтева за увођењем језичке равноправности из којих је доста касније изникла и идеја о промени облика државног уређења у федерално.

[2] Миодраг Јовичић, „Уставна ревизија од 1970. у Белгији корак ка федера тивном уређењу?“, *Страни правни живот*, 70/1971, 4.

[3] Robert Senelle, „The Reform of the Belgian State“, *Federalizing Europe*, Oxford 1996, 266.

[4] Albert Venn Dicey, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London New York 1889, 86.

[5] Jean Beaufays, „Petite histoaire d'un jeune État binational“, *Où va la Belgique? Les soubresauts d'une petite démocratie européenne*, Paris Montréal, 1998, 17.

2. СУКОБ ЕТНИЧКИХ ГРУПА СВАКОДНЕВИЦА КРАЉЕВИНЕ БЕЛГИЈЕ

Од када је Белгија настала, као држава која је настањена припадницима две различите национално-језичке групе, између тих група је постојао сукоб, који је био жесток, али мирољубив. Временом су се испољавали различити облици незадовољства на обе стране, а корени свих размирица били су у проблему употребе језика, с обзиром на то да је већина становништва одувек говорила холандским језиком, а службени језик током XIX века био је искључиво француски. Језичка потчињеност Фламанаца довела је до стварања тзв. фламанског покрета, чији се почеци могу наћи још у XIX веку. С друге стране, растућа неједнакост у економском развоју између северног и јужног дела државе, која се веома јасно испољила након Другог светског рата, иницирала је стварање националног покрета и на валонској страни, која се осетила економски угроженом. На крају, шездесетих и седамдесетих година XX века, дошло је до тзв. „одбрамбене реакције Брисела“, у којем је, услед све чешћих напада обеју страна, посебан идентитет становника те метрополе, чија доминантна већина говори француским језиком, постајао све очигледнији. Сва три наведена покрета еволуирала су постепено упркос постојању либералне демократије и раној индустријализацији, с једне, и релативно касном увођењу општег и једнаког права гласа, с друге стране. Ипак, занимљиво је да конфликт у Белгији, у првом реду онај између Фламанаца и Валонаца, доста дуго није био у првом плану, него се одвијао на маргини друштвених догађања.

3. ПОСТЕПЕНО УВОЂЕЊЕ ФЕДЕРАЛНОГ УРЕЂЕЊА КАО РЕШЕЊЕ ВИШЕДЕЦЕНИЈСКОГ МЕЂУЕТНИЧКОГ СУКОБА

Сукоб национално-језичких група деценијама је био ванинституционалан, да би тек шездесетих година XX века дошло до његове кулминације. У том периоду постало је кристално јасно да је промена белгијског уставног оквира, после готово 140 година примене Устава из 1831. у готово недирнутом облику, постала главно политичко и правно питање у држави. Након дугих разговора, завршених постизањем политичког споразума, с формалним изменама и допунама прописа се започело 1970. „Активни“ процес реформе државног уређења је завршен 1994,[6] када је уставом држава конач-

[6] „Федерализација Белгије спроведена је корак по корак уставно институционалним реформама од 1970, 1980, 1988. и 1993.“ André Lecours, „Belgium (Kingdom of Belgium)“, *Handbook of Federal Countries* (edited by Ann L. Griffiths), Montreal & Kingston London Ithaca 2005, 61.

но дефинисана као федерална, да би се и после тога наставило са децентрализацијом белгијске федерације.[7] До данас је у Белгији спроведено укупно шест државних реформи. Процес деволуције у Белгији има два кључна обележја – постепеност и прагматизам. С једне стране, циљ реформи није никада био уставна револуција („грађење новог на рушевинама старог“), већ уставна реформа („доградња новог на основама постојећег“), у чему се највише огледа постепеност уставних промена. С друге стране, стварајући нова уставна решења, белгијски уставотворци се нису нужно држали постојећих теоријских и упоредноправних модела, него су тежили да норме које су стварали буду прилагођене посебностима њиховог друштва, што је често доводило и до стварања сасвим нових правних института, карактеристичних само за белгијски уставни систем. Баш у домишљатости белгијских уставотвораца лежи тајна прагматичности тамошњег федералног система, а оригиналност појединих решења чак подсећа и на генијалност америчких „очева оснивача“.

3.1. Прва државна реформа (1970)

Након дуге дебате о државној реформи, започете још почетком шездесетих година XX века, 1970. је постигнут политички споразум и реформа се „преселила“ на правни терен. Тада је у Белгији извршена прва државна реформа, чији су циљеви били очување јединства у вођењу опште државне политике, с једне стране, и уградња нових обележја културне и територијалне аутономије у уставну зграду и прилагођавање постојеће организације власти новостворених институцијама, с друге стране. Главни задатак уставотвораца био је да у Уставу дефинишу хетерогеност белгијског друштва, да поставе темеље за његов будући институционални развој и за изградњу новог модела државног уређења. Уставни реформатори су увели две дотад непостојеће уставне категорије – културна заједница (*communauté culturelle*) и регион (*région*) – које су представљале новину у уставном систему Белгије и заметак данашњих федералних ентитета.[8] Но, у пракси није одмах „оживело“ свих шест организационих ентитета (три културне заједнице и три региона), већ је дошло само до конституисања двеју „великих“ културних заједница – француске и холандске – јер су формирани једино органи неопходни за обављање њихових надлежности, тзв. културна већа (*conseils culturelles*), која су

[7] „Белгија је постепено постала федерална држава, што је почело седамдесетих, а кулминирало почетком деведесетих година.“ Kris Deschouver, „Belgium: Ambiguity and Disagreement“, *A Global Dialogue on Federalism (Booklet 1)*, Montreal & Kingston London Ithaca 2005, 10.

[8] Поред тога, на уставни ниво подигнута је и установа језичких подручја (*région linguistique*).

била претеча будућих парламената заједница и региона (некадашњи чл. 59*b* Устава).[9]

Другу страну прве државне реформе представљало је дефинисање нових правних института у вези с организацијом централних државних органа. У намери да се усклади постојећи систем власти с елементима територијалне и културне аутономије, као и да се повећа ефикасност највиших уставних органа, ревидирана је материја организације и рада Парламента. Законодавни орган је институционално постао богатији за језичке групе у оба дома, а као непосредна последица њиховог увођења је установљен механизам заштите права језичких заједница у виду тзв. „поступка са звоном за узбуну", као и посебна квалификована већина за одлучивање о појединим важним питањима, тзв. техника специјалних закона. У Устав је додата и једна одредба која се тиче организације владе, јер је прописано да се, са изузетком првог министра, Савет министара састоји од подједнаког броја министара француског и холандског језика (раније чл. 86*b*, данас чл. 99 Устава).[10]

Главни камен спотицања током преговора између белгијских националних заједница је константно била немогућност договора о положају Брисела, престонице државе и града великог међународног значаја, који географски припада Фландрији, али чијих 85% становништва говори француским језиком.[11] Недостатак споразума о статусу престонице једно је од главних обележја процеса федерализације Белгије, због чега је бриселски регион званично формиран најкасније од свих федералних ентитета.

3.2. Друга државна реформа (1980)

Маја 1980. потписан је политички споразум о принципима и правцима нове државне реформе. Зарад његовог спровођења, Савет министара је предложио промену одређених уставних норми, као и доношење два закона о реформи институција. Један је донесен да би регулисао организацију, рад и надлежности органа заједница и региона – Специјални закон о институционалним реформама (*Loi spéciale*

---

[9] Током прве државне реформе нису формиране институције остала четири ентитета, који су постојали само „у нормама", али не и „у животу".

[10] „Савет министара састоји се од једнаког броја Франкофона и Фламанаца. Председник владе се сматра језички неутралним." (Солон Ардитис, Белгијски федерални пут, *Међународни проблеми,* 3 4/1998, 416).

[11] „Једна од највећих принципијелних сметњи за креирање стабилног и кохерентног модела за белгијски федерализам јесте хронично неслагање око коначног статуса региона престонице Брисела." Hughes Dumont et al., „Kingdom of Belgium", *A Global Dialogue on Federalism (Volume 2): Distribution of Powers and Responsibilities in Federal Countries* (Senior Editor John Kincaid), Montreal & Kingston London Ithaca 2006, 37.

de réformes institutionnelles), а други, редован закон (*Loi ordinaire de réformes institutionnelles*), да регулише финансије, решавање сукоба надлежности и употребу језика.[12] Усвајањем специјалног закона о институционалним реформама, који чини један од најважнијих делова белгијског устава у материјалном смислу, уведена је особена „парауставотворна" техника, која и данас представља један од кључних института у читавом уставном систему. Намера уставотворца била је да убудуће што мање интервенише у сам текст Устава, већ да га мења само онолико колико је неопходно да би се поменути закони могли усвојити, а затим да специјалним законима врши детаљно уређивање уставне материје.[13]

Наравно, неизбежно је било мењање и самог текста Устава. Промењена је одредба која се односи на политичко-територијалну организацију, јер је из уставне категорије „културних заједница" избрисана реч „културне", па су оне постале једноставно „заједнице", док је „холандска" заједница преименована у „фламанску".[14] На захтев Фламанаца, унесене су важне одредбе које су омогућиле преношење надлежности између различитих политичких колективитета, тачније, с региона на заједнице, тако што је предвиђено да већа заједница могу, заједно са својим извршним органима, вршити овлашћења која су дата валонском, односно фламанском региону. Упркос томе што је највише пажње посвећено заједницама, уставотворац је током друге фазе државне реформе извесну пажњу посветио и регионима, који су били неправично стављени у други план. Регионалне институције су сада добиле исти уставни ранг као заједнице, а добиле су и важне надлежности. На крају, повећана је и финансијска самосталност заједница и региона.

У овој фази реформе уведен је нови уставни орган – Арбитражни суд (*Cour d'arbitrage*). Устав је одредио да ће он бити надлежан за решавање сукоба између закона, декрета заједница и регионалних прописа (некадашњи чл. 107*c*, §2). Стварање овог органа, који је у почетку установљен као конфликтни суд, био почетак новог експеримента у Белгији – увођења *sui generis* система контроле уставности, који ће интензивно бити спроведен касније. На овај начин је

---

[12] Закони су проглашени 8. и 9. августа 1980.

[13] О значају и месту специјалних закона у уставном систему Белгије најбоље говоре речи Франсиса Делпереа: „Са формалне тачке гледишта, то су прописи донесени од стране законодавца и стога морају бити усклађени са Уставом. Међутим, са материјалне тачке гледишта, то су правни акти који уставним начелима дају ефективно значење." Francis Delpérée, „Constitutional Law", *Introduction to Belgian Law* (edited by Hubert Bocken and Walter de Bondt), Bruxelles 2001, 62.

[14] Назив „културне заједнице" постао је преузак да означи категорију аутономних ентитета чији је делокруг проширен са културних питања у ужем смислу и на друге области друштвених односа.

показана тежња да се функционисање федералног државног уређења обезбеди успостављањем органа задуженог за контролу уставности, својеврсног „чувара федерације“. Арбитражни суд је као конфликтни суд конституисан 1984, а своју прву одлуку донео је наредне, 1985. године.[15]

3.3. Трећа државна реформа (1988–1989)

За разлику од претходних државних реформи, трећа државна реформа од 1988–1989. није била упућена искључиво на реформу државног уређења.[16] Она је обухватила углавном три главна питања. Прво се односило на закаснело регулисање функционисања шестог федералног ентитета – бриселског региона – пошто су француска и фламанска заједница фактички „оживеле“ још 1970, фламански и валонски регион 1980, а немачка језичка заједница 1983. године. Постепени настанак белгијског федерализма најилустративније приказује управо чињеница да је последњи ентитет те федерације конституисан скоро две деценије након што је званично постао уставна категорија. За бриселски регион предвиђен је особен положај у односу на фламански и валонски. Друго, било је неопходно поверити Арбитражном суду, поред постојећих конфликтних, и одређене уставносудске функције, с циљем увођења контроле уставности закона као једног од најважнијих стубова федерације у настајању. Коначно, треће стожерно питање било је везано за поделу надлежности између централне власти, с једне, и заједница и региона, с друге стране. Након неопходних формалних измена и допуна Устава, приступило се доношењу три нова специјална закона – о институцијама бриселског региона, о Арбитражном суду и о финансијама (сва три су усвојена јануара 1989) – као и допуни „старог“ Специјалног закона о институционалним реформама из 1980.

Утисак који се могао стећи по окончању ове државне реформе јесте да је белгијско државно уређење након ње имало „квазифедерални“ облик. Главни елемент који је недостајао да би се оно могло оквалификовати као федерално био је представљање заједница и региона као таквих у саставу централних државних органа. Дру-

---

15 Мада су постојала и другачија мишљења, извесно је било да ни устав ном реформом од 1980. године, није утемељена коначна структура белгијске држа ве, већ је то била „само прелазна фаза, други корак ка крајњем циљу белгијској федералној монархији“. (Robert Senelle, „Constitutional Reform in Belgium: From Unitarism towards Federalism“, *Federalism and Nationalism*, Leicester and London 1989, 68).

16 „Трећа уставна реформа од 1989. је на тренутак застала са стварањем фе ералне државе.“ (Liesbet Hooghe, „Belgium: Hollowing the Center“, *Federalism and Territorial Cleavages*, Baltimore 2004, 22).

гим речима, белгијској федерацији је очигледно мањкало тзв. начело партиципације, чији је основни облик други дом федералног парламента.

3.4. Четврта државна реформа (1993) – федерализација *de iure*

Свега четири године по завршетку треће државне реформе, почела је четврта фаза белгијског уставног преображаја, која је имала за циљ да заокружи процес деволуције који је трајао готово четврт века и да, усвајањем оних федералних института који нису нашли место у претходним фазама реформе, учини државу и *de iure* федералном.

Како би се обезбедила партиципација заједница и региона у вршењу надлежности федерације, белгијски бикамерализам је од политичког и егалитарног трансформисан у федерални и неегалитарни. На тај начин је, по мишљењу креатора те промене, обезбеђена адекватна примена федералног начела у устројству савезног законодавног органа, као и већа ефикасност поступка доношења закона, а самим тим и бољи квалитет законодавства. У укупном броју, Фламанцима је припао 41 представник у Сенату, франкофоном становништву 29, а заједници немачког говорног подручја један. Белгијски федерални дом се, дакле, одликује непаритетним представљањем федералних јединица.

Продубљивање федерализма настављено је додавањем у Устав новог поглавља (чл. 115–140 Устава), у којем су дефинисана основна питања везана за организацију заједница и региона – институционална структура и надлежности. Учињен је и покушај да се обезбеди већи легитимитет органа федералних ентитета. Важно је напоменути да нове уставне одредбе о заједницама и регионима нису ставиле ван снаге раније донете специјалне законе који регулишу поменуту материју, чак су се на њих и „наслониле“, настављајући стрпљиву и постепену изградњу федералног уређења.

Све у свему, током четврте државне реформе окончан је процес промене белгијског државног уређења из једноставног у сложено, па је белгијски модел државног уређења дефинитивно и свечано назван федералним. Но, јасно је да се тог момента „белгијски федерални пут“ није завршио и да је процес федерализације и након тога настављен под утицајем снажног дејства центрифугалних сила. Али овај тренутак је необично значајан, јер је тада завршена трансформација државног уређења у федерално, а потоње промене представљају само усавршавање постојећег федералног аранжмана. Нема сумње да је крај четврте државне реформе уједно означио и

завршетак једне велике епохе у белгијској историји и узима се за „датум рођења" нове федерације.[17]

3.5. Пета државна реформа (2001–2003)

Након „активне" деволуције, која је трајала дуже од две деценије и обухватила описане четири фазе, федерализација у Белгији се није зауставила, већ је настављена, али сада као нешто мирнија деволуција. Међу свим реформама по свом значају истичу се промене извршене 2001. и 2003. године, од којих се прва кретала у правцу децентрализације, а друга у правцу јачања федералних институција. Оне се, заједно узев, сматрају петом фазом белгијске државне реформе. Реформа од 2001. извршена је на пољу финансија, а била је узрокована захтевима федералних јединица за већом аутономијом, нарочито у домену фискалног система. Није се дирало у текст устава, већ је само измењен Специјални закон о финансирању из 1989, чиме је настављено преношење финансијских надлежности са федерације на федералне јединице. Ни промена од 2003, која се односи на Арбитражни суд, није везана непосредно за текст Устава, већ за текст Специјалног закона о Арбитражном суду из 1989. Надлежности тог органа су повећане, чиме је он наставио тренд развоја у једну од најважнијих институција у читавом уставном систему. Измене специјалног закона су нешто касније ипак довеле и до интервенције у сам текст Устава (поглавље V), па је у складу са повећањем надлежности, маја 2007. промењен назив Арбитражног суда у Уставни суд (*Cour constitutionnelle*).

4. ШЕСТА ДРЖАВНА РЕФОРМА НОВА, АЛИ НЕ И ПОСЛЕДЊА ФАЗА ДЕВОЛУЦИЈЕ

Постоје аутори који сматрају да је деволуција у Белгији отишла толико далеко да она данас више и није федерација. Тако рецимо Мин Рушамп (*Min Reuchamps*) белгијску уставну историју дели на три периода: период пре федерализма (1830–1960), период федерализма (1960–2007) и период после федерализма (2007. до данас), одакле произлази да према његовом мишљењу Белгија већ неколико година није федерална држава.[18] Оваква периодизација и оцена која из ње происходи свакако су неприхватљиве, јер је, прво, Белгија тек 1970.

[17] Због чињенице да је уставни текст услед бројних измена и допуна постао помало тежак за сналажење, извршена је ренумерација његових чланова, чиме је на симболичан начин означен коначан прелазак на федерално државно уређење.

[18] Min Reuchamps, „The Current Challenges on the Belgian Federalism and the Sixth Reform of the State", *The Ways of Federalism in Western Countries and the*

почела да прихвата поједине елементе федерализма, а федерација је постала тек деведесетих година XX века, и, друго, никаква суштинска промена у домену државног уређења није учињена 2007. да би се могло говорити о напуштању федералног и евентуалном прихватању неког другог аранжмана.

Штавише, управо је 2007. у Устав унесена нова глава (I *bis*), која додатно потврђује федерални карактер белгијског државног уређења. Она носи наслов „О општим политичким циљевима федералне Белгије, заједница и региона" и садржи свега један члан (7 *bis*), у којем се наводи да „у вршењу својих надлежности федерална држава, заједнице и региони следе циљеве одрживог развоја у његовим друштвеним, економским и еколошким аспектима, узимајући у обзир солидарност између генерација". Цитирана уставна одредба има симболичан значај, јер садржи политичку прокламацију, а не правну норму. Она, ипак, доста говори о кооперативном карактеру белгијског федерализма, где између федералне државе, с једне, и федералних ентитета (заједница и региона), с друге стране, нема надређености и подређености, већ сви нивои власти заједнички и равноправно делују у остваривању заједничког циља – мирољубиве коегзистенције свих грађана Белгије у специфичном федералном оквиру.

4.1. Кризе владе у Белгији након избора 2007. и 2010. године

Иако 2007. није била моменат у којем је Белгија престала да буде федерација, како неосновано тврди Рушамп, она је на други начин означила прекретницу у уставном развоју Краљевине. Белгија је, наиме, након парламентарних избора 2007, запала у дубоку политичку кризу, једну од најтежих у својој досадашњој историји, која је трајала до краја 2011. Услед недостатка механизама рационализације парламентаризма, који би обавезивали парламент да изабере владу у одређеном року, јер ће му у супротном престати мандат по сили устава, у Белгији се јаданпут чекало на формирање Савета министара дуже од пола године, а други пут дуже од годину дана.

Политичка криза била је период константне напетости међу националним заједницама и своје корене је имала у различитим схватањима о правцу у којем би требало да се спроведе нова државна реформа, као и противречним ставовима о изборном и судском округу БХВ – Брисел–Хал–Вилворд (*Bruxelles–Hal–Vilvorde*).[19] Положај Брисела остао је, дакле, једно од главних жаришта фламанско-франкофонског сукоба. Фламанске политичке странке су упорно за-

Horizons of Territorial Autonomy in Spain (Eds: Alberto López Basaguren, Leire Escajedo San Epifanio), Volume 1, Heidelberg New York Dordrecht London 2013, 376.

[19] Овај округ је био сачињен од 19 општина региона престонице Брисела и још 35 општина које припадају фламанском региону.

говарале даље преношење надлежности са федерације на заједнице и регионе, као и поделу округа БХВ, чије су постојање сматрале неуставним.[20] С друге стране, франкофонске политичке странке залагале су се за очување постојећег стања. Након избора 2010, актуелизовала се расправа о још неким важним економским питањима – јавном дугу, смањењу дефицита и реформи социјалног система. И о тим питањима су фламанске и франкофонске политичке странке имале дијаметралне ставове: док су прве решење проблема виделе у смањењу расхода, друге су износиле предлоге о повећању прихода тако што ће се значајно повећати порези. Политичка криза потрајала је све до децембра 2011, када је изабрана нова федерална влада, чији је програм обухватао и поделу округа БХВ и политику усмерену ка решавању економске кризе.

„Окидач" за избијање кризе била је победа фламанских демохришћана (*Christen-Democratisch en Vlaams*) и Нове фламанске алијансе (*Nieuw-Vlaamse Alliantie*, *N-VA*) на парламентарним изборима 2007, с обзиром на то да су ове две партије подржавале свеобухватну државну реформу и тренутну поделу округа БХВ. Након 194 дана жустрих преговора, коначно је постигнут договор о новој коалиционој влади. Али, већ децембра 2008, влада премијера Ива Летерма (*Yves Leterme*)[21] поднела је оставку, а узрок за то је био познати случај Фортис банке (*Fortis N.V./S.A*), белгијског банкарског гиганта који се готово суочио с банкротом. Убрзо је формирана влада премијера Хермана ван Ромпеја (*Herman Van Rompuy*), која је обезбедила крхку политичку стабилност у земљи, али је и њен мандат престао након мање од годину дана власти оставком премијера, који је у том моменту постао председник Европског савета. Ван Ромпејев наследник на премијерској функцији био је управо његов претходник и партијски колега из Хришћанско-демократске и фламанске партије Летерм, чија је друга влада пала већ априла 2010, услед непостизања напретка у решавању проблема округа БХВ.

Нови избори су одржани јуна 2010, а одмах након саопштавања резултата и расподеле мандата било је јасно да политичка криза није решена, већ да ће вероватно бити продубљена. У Фландрији је највећи број гласова добила сепаратистичка и конзервативна Нова

---

[20] Основ за такав став налазили су у одлуци Арбитражног суда (данас Устав ног суда) бр. 73/2003 од 26. маја 2003, којом је проглашен неуставним изборни за кон због тога што се постојањем изборног округа БХВ нарушава начело забране дискриминације међу Белгијанцима из чл. 11 Устава, у вези са чл. 1 5 Устава, на рочито чл. 4, који уређује положај језичких региона.

[21] Летерм говори и француски и холандски, син је Валонца и Фламанке, али се декларише као Фламанац и сматра се фламанским националистом. Познат је по контроверзним изјавама да једино што повезује Фламанце и Валонце јесу „пиво, фудбал и краљевина" и да Валонци „немају интелектуалну способност да науче хо ландски језик".

фламанска алијанса, док је у франкофонском делу бирачког тела највећу подршку добила Социјалистичка партија (*Parti Socialiste*), која заговара што је могуће веће јединство у белгијској краљевини. У фламанском делу бирачког тела, дакле, највећу подршку је добила екстремна десница, док је франкофонско становништво своје поверење поклонило левици. Последица оваквог односа политичких снага које су учествовале у разговорима о формирању владе били су маратонски преговори који су трајали читавих годину и по дана, тачније 541 дан![22] Нови Савет министара положио је заклетву 6. децембра 2011, на челу са премијером Елијом ди Рупом (*Elio Di Rupo*), пошто је главни кандидат за првог министра Ив Летерм у међувремену преузео функцију заменика генералног секретара ОЕБС-а. Ди Рупо је постао први франкофонски премијер још од 1979. Коалиција на власти броји шест странака, три фламанске и три франкофонске. Најјача политичка странка у Фландрији, Нова фламанска алијанса, није ушла у нову владу.

4.2. Лептиров споразум као политичка подлога будућих уставних промена

Главни камен спотицања у преговорима приликом формирања ди Рупове владе била је управо шеста државна реформа. Разговори о реформи су на крају довели до политичког договора који се, помало пежоративно, назива Лептиров споразум (фр. *L'accord papillon*, енг. *Butterfly Agreement*, хол. *Vlinderakkoord*)[23], алудирајући на модел машне који премијер ди Рупо најчешће носи. Свим досадашњим белгијским државним реформама претходили су слични политички споразуми у којима су утврђиване смернице промена које би требало извршити у правним прописима – Уставу и специјалним и обичним законима.

Споразумом су утврђена четири главна аспекта шесте државне реформе. Прво, предвиђена је реформа Сената, представништва федералних ентитета у федералном парламенту. Договорено је да број његових чланова буде смањен, а начин избора промењен – да се више не бирају непосредно, већ од стране парламената заједница и региона. Овакве промене не морају представљати знак деволуције, јер је избор представника федералних јединица у њиховим парламентима прихваћен модел у неким федерацијама у свету (Аустрија,

[22] Британски „Телеграф" (*The Telegraph*) пренео је вест да је у овом случају формирања владе оборен „светски рекорд", који је постављен у Ираку 2010. године, где је влада формирана након 249 дана. (*http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/belgium/8328926/Belgium breaks Iraqs 249 day record without a government.html*, 10.4.2014).

[23] Текст споразума на француском језику доступан је на адреси: *http://www.lachambre.be/kvvcr/pdf sections/home/FRtexte%20dirrupo.pdf*, 18.4.2014.

Индија, САД до 1913, а дуго је примењиван и у многим швајцарским кантонима). Ипак, на овај начин ће се сигурно избећи ситуација која је могућа у случају непосредних избора за сенаторе – да представници федералних ентитета у Сенату буду припадници странака које немају већину у парламентима тих федералних ентитета, што би лако могло довести до политичких криза. Ново решење омогућава да Сенат буде „огледало" парламената заједница и региона и свакако представља значајно повећање моћи тих органа у вршењу надлежности федерације.

Друго, договорено је да две „мале" федералне јединице – бриселски регион и немачка заједница – добију организациону, односно „конститутивну" аутономију (*autonomie organisationnelle*, *autonomie constitutive*), тј. да се њихов положај приближи, а у извесним питањима потпуно изједначи с положајем четири „велике" федералне јединице (фламанском заједницом и регионом, франкофонском заједницом и валонским регионом). Ова аутономија подразумева извесну организациону самосталност федералних ентитета у вези са извесним питањима, која се углавном односе на устројство њихових парламената и влада.[24] Лептировим споразумом предвиђено је да се то разликовање међу федералним ентитетима укине и да сви федерални ентитети стекну конститутивну аутономију. Ни давање овакве аутономије „малим" федералним ентитетима не мора нужно бити корак у правцу деволуције, али ће свакако довести до постизања веће симетрије међу белгијским федералним јединицама. Асиметричност између „великих" и „малих" федералних јединица, како у погледу институција тако и у погледу надлежности, је, као што је познато, једна од главних одлика белгијског федерализма.

Трећи елемент споразума представља положај округа БХВ. Договорено је да се тај изборни округ моментално расформира, као и да се изврши реформа бриселског судског округа.[25]

Коначно, четврти аспект Лептировог споразума односи се на расподелу надлежности и финансијских средстава између федералног центра и федералних јединица. Предвиђено је да федерација пренесе на заједнице и регионе компетенције у укупном износу од око 17 милијарди евра годишње. Договорено је да регионима буду уступљене надлежности у домену економије и запошљавања, а да заједнице буду одговорне за питања из области породице. Због свега тога, предвиђена је много већа фискална самосталност белгијских федералних ентитета и различити начини њиховог додатног финансирања. Наведене измене у области расподеле финансија

---

[24] Francis Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles Paris 2000, 564.

[25] Вид. M. Reuchamps, 387.

и надлежности између федералног центра, с једне, и заједница и региона, с друге стране, несумњиво представљају кључни део Лептировог споразума и без дилеме су подлога за даљу децентрализацију белгијске федерације.

4.3. Уставноправне последице Лептировог споразума

Политички споразум постигнут између странака владајуће коалиције у Белгији постепено је спровођен, али спорије него што је било очекивано. Крајем марта 2012. извршена је допуна чл. 195 Устава, којим је прописан поступак промене Устава, тако што му је додата прелазна одредба у којој су таксативно наведене измене и допуне уставног текста које би требало извршити током легислатуре Парламента изабране 2010. Уношење овакве одредбе у Устав имало је два циља: прво, да се политичком споразуму о државној реформи дâ правно обавезујуће дејство, и друго, да се избегне тренутно распуштање домова парламента након усвајања било које измене Устава, с обзиром на то да се белгијски Устав мења у поступку тзв. „прикривеног референдума“ .[26]

Одредба о изменама и допунама Устава је веома опширна и у чак 15 тачака веома прецизно и детаљно предвиђа које чланове Устава и на који начин треба изменити. Промене набројане у прелазној одредби чл. 195, ст. 1 односе се на: гарантије регионалне аутономије (тач. 1), права детета (тач. 2), изборе за федерални парламент (тач. 3 и 5), реформу дводомног система (тач. 4 и 6), положај региона Престонице Брисела (тач. 7), сарадњу међу федералним ентитетима (тач. 8), расподелу пореских прихода (тач. 9), употребу језика у бриселском судском округу (тач. 10), надлежности Државног савета (тач. 11 и 13), омогућавање да заједнице и региони имају одређене надлежности у спровођењу истраге и подизању оптужнице у кривичним стварима (тач. 12), употребу језика у бившој покрајини Брабант (тач. 14) и надлежности Ревизорског суда (тач. 15). Дакле, свега две од 15 предвиђених измена и допуна Устава не тичу се непосредно односа у федерацији (тач. 2 и 15).

Јула и августа 2012. измењене су четири одредбе Устава, од којих се две односе на употребу језика у бившој покрајини Брабант и по једна на бриселски судски округ и положај Државног савета.[27] Другим речима, реализоване су свега четири од 15 тачака садржаних у прелазној одредби чл. 195 Устава и то тачке 10, 11, 13 и 14. Иако су паралелно вршене и измене и допуне одговарајућих специјалних закона, исход реформе се у том моменту никако није могао оценити

[26] Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2014, 54.

[27] Реч је о чл. 63, ст. 4, 157*bis*, 160 и 168*bis* Устава Белгије.

као задовољавајући. Једини „опипљив“ резултат који је постигнут био је решавање проблема округа БХВ, који је дефинитивно расформиран 19. јула 2012, када је бивши краљ Алберт II[28] потписао закон о томе на јавној церемонији.

Тек децембра 2013, шест месеци уочи нових парламентарних избора, Парламент је усвојио више измена и допуна прописа којима се регулишу питања везана за федерално уређење. Вероватно најзначајнију модификацију федералног уставног оквира представља дуго најављивана и припремана реформа Сената и дводомног система. Сенат ће убудуће чинити 60 чланова (уместо 71, колико их је било до сада) – 35 припадника холандског језика, 24 француског и један немачког – који се више неће бирати непосредно, већ у парламентима заједница и региона (њих 50, а биће и десет тзв. кооптираних сенатора, које ће бирати њихове колеге). Одговарајуће измене и допуне извршене су и у специјалним законима које уређују положај заједница и региона, као и у изборном законодавству. Осим тога, усвојен је и Специјални закон о реформи финансирања заједница и региона, проширењу фискалне аутономије региона и финансирању нових надлежности (*Loi spéciale portant réforme du financement des communautés et des régions, élargissement de l'autonomie fiscale des régions et financement des nouvelles compétences*), којим је реализован Лептиров споразум у домену расподеле финансија између федерације и федералних ентитета. Коначно, измењен је и допуњен и Специјални закон о Уставном суду, којим је тај орган добио нове надлежности које су произашле из реформе Сената, расподеле надлежности између федерације и федералних ентитета, изборног законодавства и контроле над спровођењем референдума у федералним ентитетима.

На овај начин је, након доста потешкоћа, окончана и шеста епизода белгијске државне реформе, која свакако неће бити завршни чин деволуције. Федерација је још једанпут децентрализована, а положај федералних ентитета је ојачан. Али, ни након завршетка ове реформе неизвесност о томе како ће се држава развијати у будућности није нестала, баш као ни тензија међу националним заједницама, које имају дијаметралне ставове о садржини будућих промена федералног уставног оквира.

[28] Краљ Алберт II (Albert II) је 21. јула 2013. абдицирао из здравствених раз лога након двадесет година на власти, препустивши престо најстаријем сину Фили пу (Philippe), који је тако постао седми белгијски краљ.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: БЕЛГИЈСКА ФЕДЕРАЛНА ПЕРСПЕКТИВА

Западна Европа је у последње време, упркос релативном јединству и хармонији у оквиру Европске уније, у овом моменту подручје на којем постоје веома јаке тежње за отцепљењем од постојећих држава. У тим државама одвијају се, дакле, два противречна процеса: процес интеграције, који се реализује све већим преношењем надлежности са држава чланица на Европску унију, с једне, и процес дезинтеграције, који се огледа у тежњи делова држава чланица Уније за осамостаљењем, с друге стране. Такве тежње су тренутно најјасније изражене у Великој Британији и Шпанији, односно у Шкотској и Каталонији, где се већ спроводе и извесне припреме за реализацију планова о самоопредељењу.[29] Често се фламански сепаратизам помиње у овом контексту, иако он има сасвим друкчију природу од сличних покрета у западној Европи. Услед све већег економског дисбаланса између фламанског севера и валонског југа, фламански сепаратизам временом несумњиво јача. Али за разлику од XIX и XX века, узрок тог сепаратизма више није тежња за језичком равноправношћу и очувањем националне посебности, већ пре свега економска надмоћ Фландрије над Валонијом.

Упркос томе, сценарио према којем би Белгија престала да постоји тешко је замислив. Разуме се, сигурно је да ће се са постепеним преношењем надлежности са централних белгијских органа на заједнице и регионе наставити, а могуће је да ће њихове функције у будућности бити тако значајне да ће се довести у питање федерална природа белгијског државног уређења. Али, без обзира на то, нереално би било претпоставити, највише због положаја Белгије у Европској унији и међународној заједници уопште,[30] да ће она нестати, тј. да ће доћи до њене дисолуције. Правна наука ће свакако и у будућности покушавати да дâ одговор на питање какав је уставноправни карактер творевине под именом Краљевина Белгија – да ли је реч о федерацији, конфедерацији, персоналној или реалној унији – али је готово сигурно да ће се заједнице и региони задржати под „белгијским кишобраном“, иако ће њихове компетенције вероватно толико нарасти да ће превазићи теоријски модел федералних јединица. У том смислу, треба поменути тзв. реални сценарио (*le scénario réaliste*), који је представио један од најугледнијих

[29] О каталонском случају вид. Марко Станковић, „Одлука Уставног суда Шпаније о уставности Статута Каталоније и њене последице“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2012, 250 254.

[30] Вид. Ronald L. Watts, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston 1996, 27.

белгијских професора уставног права, Франсис Делпере (*Francis Delpérée*), разматрајући какав би епилог могла да добије белгијска деволуција. Угледни аутор претпоставља да демократски васпитани Белгијанци неће посегнути за илузорним или опасним решењима, већ да ће франкофонско и фламанско становништво наставити да се сукобљава, али са погледом усмереним ка федералним властима, настављајући континуитет белгијске државе.[31]

На крају, сасвим је извесно да шеста „епизода" реформе белгијског државног уређења неће бити и последња, имајући на уму да најјача политичка странка у Фландрији, Нова фламанска алијанса, није ни изблиза задовољна Лептировим споразумом и уставним променама које су из њега произашле, сматрајући их недовољним. Парламентарни избори би у Белгији требало да се одрже 25. маја 2014.[32] и од њиховог исхода ће умногоме зависити и судбина федералног уређења, званично уведеног пре тачно две деценије.

Dr Marko Stanković

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

SIXTH STATE REFORM IN BELGIUM: NEW, BUT NOT THE LAST STAGE OF DEVOLUTION

Summary

Belgian Constitution of 1831 is one of the oldest constitutions in the world which is still in force. It is well known for having remained in force despite the change of organization of state – from unitary to federal. Starting from the 1970s, six state reforms were conducted in Belgium, and the monarchy was transformed from centralized unitary state into a decentralized federation. Pressures for further devolution are get-

[31] Francis Delpérée, *La Constitution de 1830 à nos jours*, Bruxelles 2006, 190 191. Узимајући у обзир компликованост друштвене ситуације у својој земљи, овај аутор поступа веома опрезно, па не нуди само један већ неколико могућих исхода, које на зива сценаријима: мирољубиви (*le scénario pacifique*), ратни (*le scénario belliqueux*), сецесионистички (*le scénario sécessionniste*), поновног везивања или сједињавања (*le scénario rattachiste ou réunioniste*), еврорегиона (*le scénario régionaliste européen*), европског Брисела (*le scénario de Bruxelles Europe*), конфедерални (*le scénario confédéraliste*) и реални (*le scénario réaliste*). *Ibid.*, 179 192.

[32] Парламентарни избори у Белгији ће се убудуће одржавати истог дана када и избори за Европски парламент.

ting stronger, and some of the members of the Flemish community have clearly expressed their desire for independence from the Kingdom of Belgium and the establishment of their own state. This paper in its first part analyzes five previously conducted reforms of Belgian constitutional system. The second part deals with changes agreed in so-called Butterfly agreement and implemented in sixth state reform. In the end, author is trying to anticipate possible epilogues of state crisis, which takes almost a decade.

Key words: *Kingdom of Belgium. – The sixth state reform. – Federalism. – Devolution. – The Butterfly agreement.*

УДК 35.078:502.13/.14(497.11)

CERIF: S120, S110

Др Мирјана Дреновак-Ивановић*

ВАНРЕДНО УКИДАЊЕ РЕШЕЊА: ОДНОС ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА И ИНТЕРЕСА ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

У раду се разматра могућност примене Ванредног укидања решења као ванредне мере заштите права на живот у здравој животној средини. Аутор анализира правну природу Ванредног укидања решења, приказује услове за његову примену и објашњава посебност примене овог ванредног правног средства у стварима од значаја за заштиту животне средине. С циљем проналажења основних критеријума за утврђивање значења које се код примене Ванредног укидања придаје појмовима „јавни интерес" и „тешка и непосредна опасност по законом утврђени интерес" и дефинисања односа између јавног интереса и интереса заштите животне средине, нарочита пажња посвећена је анализи праксе Уставног суда Србије и Европског суда за људска права.

Аутор износи аргументе за примену Ванредног укидања као последње правне мере заштите животне средине, указује на проблеме који у пракси отварају потребу да се законито стечена права из интегрисане и енергетске дозволе, под рестриктивним условима, ограниче или чак суспендују и указује на примену ставова судске праксе о потреби балансирања између општег интересa заједнице и заштите основних права појединаца. У закључном разматрању, аутор указује на уочену инконзистентност постојећих законских решења која се односе на питање процесне легитимације код Ванредног укидања у стварима од значаја за заштиту животне средине и могуће правце новелирања.

Кључне речи: *Ванредно укидање. Јавни интерес. Интерес заштите животне средине. Случај Chassagnou and others v. France. Пракса Уставног суда Србије.*

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *mirjana.drenovak@ius.bg.ac.rs*

1. УВОД

Индустријски развој, употреба нових технологија и интензивна експлоатација сировина носе повећан ризик од еколошких акцидената. Како велики број ових акцидената потиче управо од општекорисних делатности (нпр. експлоатација и транспорт енергената), отвара се питање на који начин се може постићи баланс између права на здраву животну средину и обављања привредних активности услед којих настају и загађујуће материје. Поједина правна решења нуде делимичан одговор. Према Уставу Србије, свако има право на здраву животну средину (чл. 74). У складу са Законом о облигационим односима, вршиоци општекорисне делатности, који за њихово обављање имају дозволу надлежних органа, у обавези су да оштећеним лицима накнаде штету која прелази „нормалне границе загађења“.[1] Питање које се даље отвара јесте да ли се решење којим је странка законито стекла одређено право (нпр. интегрисана дозвола) и које је у управном поступку постало извршно, а чијом се реализацијом нарушавају стање и квалитет животне средине, може укинути? У управном поступку се применом Ванредног укидања, као ванредног правног средства, извршно решења може укинути ако су наступиле промењене околности у односу на оне које су постојале у време његовог доношења. Ванредно укидање решења врши се ради заштите важних јавних интереса, између осталог ради отклањања тешке и непосредне опасности за живот и здравље људи, с обзиром на то да би започињање извршења, односно даље извршење таквог акта за резултат имало озбиљне штетне последице.

Заједничка карактеристика заштите животне средине и Ванредног укидања решења јесте општост. С једне стране, заштита животне средине не обухвата само случајеве у којима су, као последица еколошког акцидента, угрожени живот и здравље људи, већ и оне случајеве у којима су угрожени стање и квалитет животне средине и у којима се, у ствари, штити животна средина као посебан објекат заштите. Тако би, у складу са ЗОО, свако могао да захтева предузимање одговарајућих мера којима се спречава наношење штете животној средини, односно уклања извор опасности за животну средину.[2] Реч је о еколошкој тужби којом је право на правну заштиту поверено широј јавности (*actio popularis*) с циљем ширења круга лица која брину о заштити животне средине.[3] С друге стране, Ванредно укидање се „не

---

[1] Закон о облигационим односима   ЗОО, *Службени лист СФРЈ,* бр. 29/78, 39/85, 45/89 *одлука УСЈ и 57/89, Службени лист СРЈ,* бр. 31/93 *и Службени лист СЦГ,* бр. 1/03   Уставна повеља, чл. 156, ст 3. Вид. и Пресуду Вишег суда у Панчеву 1 ГЖ. бр. 886/13 од 24. децембра 2013. год.

[2] ЗОО, чл. 156.

[3] О правној заштити у еколошким управним стварима у форми *action popularis* у упоредном праву вид. Brian Baxter, *A Theory of Ecological Justice*,

може користити у случају када се извршним решењем наноси штета здрављу неком појединцу нпр. неком од суседа“[4] што значи да је реч о правном средству којим се из правног поретка уклања решење чије извршење ствара последице за неодређен број људи, а не појединца или одређен број лица.

Еколошка управна ствар одређује се као „појединачна ситуација од јавног интереса у којој надлежни орган непосредном применом прописа којима се уређује заштита основних еколошких вредности правно и фактички утиче на понашање странака, с циљем равномерне расподеле еколошког ризика, тј. постизања еколошке правде“.[5] Основна карактеристика еколошке управне ствари на основу које се разликује од управне ствари у општем смислу јесте еколошки ризик. Утврђивање нивоа прихватљивог еколошког ризика у одређеној заједници условљава укључивање јавности у поступак одлучивања. Због тога је поступак доношења одлука у еколошким управним стварима посебан у односу на управни поступак. Посебност се, између осталог, огледа и у обавезном укључивању јавности као стране која учествује у доношењу одлуке.

Имајући на уму карактеристике еколошке управне ствари и потребу да се, ради заштите основних еколошких вредности, примени и ванредно правно средство, у раду се указује на основне карактеристике института Ванредно укидање и анализира могућност заштите животне средине његовом применом. Ради проналажења основних критеријума за утврђивање значења појмова од значаја за примену Ванредног укидања, као што су појам тешка и непосредна опасност по законом утврђене вредности и појам јавни интерес и дефинисања односа између јавног интереса и интереса заштите животне средине, у раду се анализира пракса Уставног суда Србије и Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП).

2. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ВАНРЕДНОГ УКИДАЊА РЕШЕЊА

Ванредно укидање решења је ванредан правни лек поверен управи с циљем заштите законом одређених јавних интереса. Код института Ванредно укидање, надлежни орган је овлашћен да утврди

Routledge 2005, 77 94. и Jane Reichel „Judicial Control in a Globalised Legal Order A One Way Track? An Analysis of the Case C 263/08 Djurgården Lilla Värtan“, *Review of European and Administrative Law*, 2/2010, 69 87.

4 *Билтен судске праксе Управног суда*, Београд 1/2010, 55. Вид. образложење пресуде Врховног суда Србије У. 1961/03 од 29. априла 2004.

5 Мирјана Дреновак Ивановић, *Приступ правди у еколошким управним стварима*, Београд 2014, 80.

да ли и у ком обиму треба укинути управни акт којим је странка, на законит начин, стекла извесна права.[6]

Три су основна услова стипулисана Законом о општем управном поступку за примену Ванредног укидања решења.[7] Ванредно укидање је једино ванредно правно средство које се може применити на извршно решење. Стога је први услов за његову примену да су након стицања својства извршности решења настале одређене околности услед којих извршење диспозитивом утврђених правних последица (више) није оправдано. Такав случај, на пример, постоји када се, због ширења неке епидемије мора спалити објекат у изградњи за који је странка добила грађевинску дозволу, или када се због смањења количине воде мора обуставити рад хидроелектране, за коју је странка на законит начин у предвиђеном поступку добила интегрисану и енергетску дозволу. Први услов за примену Ванредног укидања отвара питање да ли се Ванредно укидање може применити и на решења код којих жалба не одлаже извршење, а која су својство извршности стекла пре својства коначности? Како се као услов стипулисан ЗУП-ом одређује да се Ванредно укидање може применити код „извршног решења" мишљења смо да се оно може применити без обзира на околност да је решење стекло својство извршности пре својства коначности. Осим тога, стицање својства извршности се не мора подударати ни са стицањем својства правоснажности.

Други услов додатно прецизира околности услед којих се ово ванредно правно средство може применити. Тако се, извршно решење може укинути само ако је то потребно ради отклањана „тешке и непосредне опасности за живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или јавни морал, или ради поремећаја у привреди".[8] Овај услов отвара дилему када постоји „тешке и непосредне опасности" по законом утврђене вредности? У судској пракси наилазимо на мишљење да се Ванредно укидање решења може применити не само ако је опасност по законом утврђене вредности настала неком радњом која је непосредно извршена, већ и ако би извршење акта довело до „објективне могућности угрожавања живота и безбедности људи".[9] Тиме се отвара могућност да орган управе примени Ванредно укидање уз образложену примену начела превенције и начела предострожности.[10] Имајући на уму повећан број оспоре-

[6] Упор. Стеван Лилић, *Управно право Управно процесно право*, Београд 2012, 396 397; Зоран Р. Томић, *Опште управно право*, Београд 2011, 325 326.

[7] Закон о општем управном поступку ЗУП, *Службени лист СРЈ,* бр. 33/97 и 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

[8] ЗУП, чл 256, ст. 1.

[9] Пресуда Савезног Врховног суда СВС Уж. 5398/57.

[10] Мирјана Дреновак Ивановић „Начело предострожности (precautionary principle) и ванредно укидање решења", *Правни капацитет Србије за европске*

них случајева у вези са спровођењем процене утицаја на животну средину базних станица мобилне телефоније и неуједначену праксу органа управе која се односи на додељивање дозвола за њихово постављање,[11] мишљења смо да би се решења којима се дозвољава постављање базних станица на одређеним локацијама могло Ванредно укинути ако се утврди и постојање само објективне могућности њиховог негативног утицаја на живот и здравље људи.

Трећи услов за примену Ванредног укидања решења указује да ово ванредно правно средство захтева рестриктивну примену. Оно се може применити само ако се тешка и непосредна опасност не може отклонити применом неког другог правног средства којим се мање дира у стечена права.[12] Примена Ванредног укидања се додатно ограничава нормирањем да надлежни орган има могућност да решење укине и делимично, а не само обавезу да решење укине у целости. Обим у коме ће решење бити укинуто одређује се тако да се минималним задирањем у стечена права опасност отклони или заштити законом одређен јавни интерес.[13] Питања које се даље отварају јесу да ли орган управе може по дискреционој оцени да одлучује о томе када је наступила тешка и непосредна опасност за јавни интерес и на основу којих критеријума се може утврдити постоји ли правно средство којим се мање задире у стечена права? О томе када постоји опасност за јавни интерес биће речи у редовима који следе. Овде се, даље, указује на два правца размишљања о одређењу правног средства као оног којим се мање задире у стечена права. Прво, може се поћи од значења које ово правно средство има у материјалном смислу. Имајући на уму специфичности еколошке управне ствари и потребу континуираног балансирања између општег интереса заједнице и заштите животне средине као основног права појединца, отвара се дилема да ли би, на пример, средство којим се мање задире у стечена права могло да буде оно чија би примена захтевала значајан материјални трошак?[14] У теорији управног права наводи

интеграције (ур. С. Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 4/2009, 165 168.

[11] У пракси наилазимо на примере да се захтеви за постављање базних станица у неким општинама одбијају с образложењем да постоји основана научна сумња о њиховом штетном деловању на здравље људи, док се у другим општинама, при истим условима, ови захтеви прихватају. Вид. Обавештење, Градска управа Града Београда, Секретаријат за заштиту животне средине, бр. 07 63/14 V 01, 22. априла 2014.

[12] Ђорђе Тасић, „О слободној оцени (дискреционој власти), О слободној оцени (дискреционој власти)“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1927, 367.

[13] ЗУП чл. 256, ст. 1.

[14] Основни циљ политике ЕУ у области животне средине јесте постизање високог степена заштите у складу с начелом предострожности, начелом превентивног

се да у примени Ванредног укидања решења треба водити рачуна о чињеници да се „опасност може отклонити само средствима која би била у складу с постојећом опасношћу, а да се новим решењем што мање дира у стечена права“.[15] Стога би се, правно средство којим се мање задире у стечена права, у материјалном смислу, могло одредити као оно које је сразмерно постојећој или запрећеној опасности по заштићени јавни интерес.

Други правац резоновања за основу има процесне последице које се могу отклонити применом Ванредног укидања. Овим правним средством се решење уклања из правног поретка укидањем, што значи да правне последице Ванредног укидања временски делују од тренутка доношења (*ex nunc*) па за убудуће (*pro futuro*). Имајући на уму потребу заштите животне средине, при Ванредном укидању треба водити рачуна о томе да ли је већ настала повреда у животној средини и да ли се укидањем решења она може отклонити или спречити њен евентуални настанак. Уколико се Ванредним укидањем то не може постићи, примена мера ремедијације и накнаде еколошке штете у хитном поступку пружа бољу правну заштиту. Примена Ванредног укидања решења омогућава странци која је решењем стекла одређена права накнаду штете, а применом правила о накнади штете у животној средини се штити управо страна која је активношћу насталом извршењем тог решења претрпела штету. Осим тога, примена Ванредног укидања решења има за циљ да уклони решење када се то не може учинити применом редовног или других ванредних правних средстава, јер је решење у време доношења било законито, али је због промењених околности постало „опасно“. Стога, Ванредно укидање представља правно средство којим се мање задире у стечена права, само ако је његова примена једини начин да се решење уклони из правног поретка.

деловања, начелом отклањања штете нанете животној средини на извору и нечелом „загађивач плаћа“. Примена начела „загађивач плаћа“, отвара и одређена претходна питања, између осталих, и шта се све сматра применом начела „загађивач плаћа“: да ли се улагање у чисту технологију може сматрати применом овог начела? У теорији и пракси упоредног еколошког права не наилазимо на јединствено мишљење које би допринело и заузимању ставова о томе да ли висина материјалних трошкова има утицај на доношење оцене о томе да ли је одређено правно средство повољније по заштиту стечених права. Вид. Мирјана Дреновак Ивановић, „Одговорност за штету у животној средини: упоредни модели и правци новелирања законодавства Србије“, *Правни живот*, Београд 2014.

15 Славољуб Поповић *et al.*, *Управно право општи део*, Београд 2002, 587 588.

3. ГРАНИЦЕ ТУМАЧЕЊА ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА И ВАНРЕДНО УКИДАЊЕ РЕШЕЊА У ЕКОЛОШКИМ УПРАВНИМ СТВАРИМА

Питање да ли орган управе може по дискреционој оцени да одлучује о томе да ли је наступила тешка и непосредна опасност за јавни интерес захтева анализу теорије и праксе домаћих судова и ЕСЉП о границама тумачења јавног интереса.

Појмови „тешка и непосредна опасност за јавни интерес" и правно средство којим се „мање задире у стечена права", јесу неодређени појмови чија је садржина прецизирана материјалним прописима. Законодавац је самим ЗУП-ом дефинисао појам јавног интереса таксативно наводећи вредности ради чије заштите је Ванредно укидање и нормирано.[16] Да ли се Ванредно укидање решења може применити и ради заштите квалитета и стања животне средине? Имајући на уму рестриктивност као иманентно својство овог правног средства и слово ЗУП-а, појам јавног интереса се не би могао ширити преко граница утврђених ЗУП-ом. То даље значи да се Ванредним укидањем може постићи заштита стања и квалитета животне средини само посредно, тј. довођењем ових вредности у везу са животом и здрављем људи или осталим интересима чија је заштита гарантована ЗУП-ом.

Анализом праксе ЕСЉП, можемо извести и другачије закључке. У случају *Chassagnou and others v. France* ЕСЉП је стао на становиште да јавни интерес мора да буде заснован на законитом и разумном основу, с постигнутом правичном равнотежом између општег интереса заједнице и заштите основних права појединаца.[17] Како је Уставом Србије, право на здраву животну средину, одређено као једно од основних људских права,[18] то даље значи да би се опасност од наношења штете у животној средини, као штете која се не наноси одређеном појединцу, већ неком од медијума животне средине, ипак могла заштитити применом Ванредног укидања решења.

У јуриспруденцији ЕСЉП наилазимо и на мишљење о томе да ли законодавац може да одреди шта је, у конкретном правном питању, јавни интерес. ЕСЉП је у случају *Draon v. France* заузео став

[16] У теорији наилазимо на мишљење да „живот и здравље људи", „јавна без бедност", „јавни мир и поредак", „јавни морал" или „поремећај у привреди", као неодређени појмови, представљају правна питања подложна оцени суда у управно судском поступку. Славољуб Поповић, *Управни спор у теорији и пракси*, Београд 1968, 142.

[17] Случај *Chassagnou and others v. France*, представка бр. 25088/94, 28331/95 и 28443/95, §§ 75, 112 и 113. Вид. и случај *Lithgow and others v. The United Kingdom*, представка бр. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9313/81 и 9405/81, §§ 120.

[18] Устав Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06, чл. 74.

да је законодавац слободан да утврди када постоји јавни интерес, и да ће ЕСЉП поштовати оцену законодавца о томе шта је у јавном интересу, осим „ако је појам јавног интереса утврђен очигледно без разумног основа (...) или се овај појам одређује прешироко“.[19]

У пракси Уставног суда Србије, у случају поводом утврђивања јавног интереса у поступку експропријације, наилазимо на мишљење да заштита јавног интереса не може бити обезбеђена на штету неког другог основног начела ЗУП-а, као системског закона који регулише питања управног поступка.[20] Орган управе својом одлуком не може да угрози положај једне стране у поступку и тиме доведе у питање остварење заштите њених права у поступку. Такво поступање било би у супротности с начелом законитости.[21] Одлуком органа управе се мора „обезбедити баланс којим би се предвиђена заштита правног интереса појединца (...) могла остварити“.[22] То даље отвара питање да ли орган управе може, по дискреционој оцени, да одлучује о обиму у коме акт треба укинути? У правној теорији не наилазимо на јединствен став о томе.[23] Један број аутора сматра да орган управе може, по дискреционој оцени, да одлучи и о обиму у коме акт треба укинути. У том смислу се наводи да је орган управе у примени Ванредног укидања делимично везан, а делимично слободан, тј. да се „његова везаност огледа у томе што се акт може укинути или изменити само у случају тешке опасности по таксативно одређене јавне интересе, а његова слобода је изражена у томе што је сам дискреционо оцењује да ли ће у таквој ситуацији интервенисати и у ком ће обиму „захватати“ у стечена права појединца“.[24] У правној теорији бележимо и случајеве да је став у прилог дискреционе оцене о обиму у којем акт треба укинути заступан с образложењем да закон „нигде не даје ни појам ни дефиницију свега тога“.[25] Други аутори сматрају да орган управе нема право да по дискреционој оцени одлучује о обиму у коме решење треба укинути. Овакав став налазимо код ауто-

---

[19] Случај *Draon v. France,* представка бр. 1513/03, §§ 76. Вид. и случај *Stec and others v. The United Kingdom*, представка бр. 65731/01 и 65900/01, §§ 52.

[20] Из образложења Одлуке Уставног суда Србије IУз 17/2011.

[21] Из образложења Одлуке Уставног суда Србије IУз 295/2009.

[22] Из образложења Одлуке Уставног суда Србије IУз 17/2011.

[23] ЕСЉП је у својим одлукама указао да Закон мора „ са задовољавајућом јасноћом означити обим дискреционе власти и одредити начин њене примене“. Вид. случај *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, представка бр. 30985/96, § 67.

[24] Павле Димитријевић, *Правоснажност управних аката*, Београд 1963, 152. У том смислу и: Фрањо Горшић, *Коментар Закона о о општем управном поступку*, Београд 1931, 255; Славољуб Поповић, Стеван Лилић, Јованка Савиншек, *Коментар Закона о о општем управном поступку*, Београд 1998, 611; Зоран Р. Томић, *Комен тар Закона о о општем управном поступку*, Београд 2003, 409 410.

[25] Јован Стефановић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Бео град 1933.

ра који питање Ванредног укидања посматрају са становишта теорије о укидању и мењању „опасних аката“. У том смислу, надлежни орган управе ће укинути управни акт ако се наступела „тешка опасност“ по наведена јавна добра не би могла другачије отклонити. Уколико се модификацијом акта може отклонити наступела опасност, управа ће прибећи измени а не укидању акта. Другим речима, орган управе не може у потпуности да укине решење ванредним правним средством, све док постоји могућност да се циљ постигне његовом изменом. То даље значи да одлуку о укидању управног акта суд може ставити ван снаге ако је законски циљ могао бити испуњен и изменом акта, односно суд може да поништи одлуку о мењању правоснажног акта „када су измене далекосежније него што је то опасност по јавне интересе захтевала“.[26]

Уставни суд Србије заузео је и мишљење да у поступку утврђивања јавног интереса „мора постојати практична и делотворна правна заштита појединца, а не чисто формални принцип доступности те заштите“.[27] Стога се отвара и питање контроле рада органа управе у случајевима у којима одлучује о томе да ли пре примене Ванредног укидања постоји правно средство којим се мање задире у стечена права, као и у случајевима у којима одлучује у ком обиму, ради заштите јавних добара и јавних вредности, решење треба укинути. Код Ванредног укидања одлучујућа је оцена надлежног органа да ли су испуњени законски услови за предузимање ове правне интервенције.[28] Када су испуњени законски услови надлежни орган је овлашћен („ако је то потребно“) да одлучи да ли је неопходно да се ово правно средство и употреби. Када је реч о првостепеној одлуци о обиму Ванредног укидања решења, по жалби целисходност укидања у целини може да цени другостепени орган.[29] Виши орган је и сам овлашћен за поступање по дискреционој оцени и може првостепену одлуку којом је решење укинуто у целини да укине и замени је одлуком о делимичном укидању. Суд у управном спору не може да улази у питање целисходности овакве одлуке. *Ratio legis* Ванредног укидања јесте постизање циља који се састоји у отклањању опасности или заштити јавног интереса укидањем управног акта у оном

[26] Лазо Костић, *Административно право Краљевине Југославије делатност управе*, Београд 1936, 256 257.

[27] Из образложења Одлуке Уставног суда Србије IУз 17/2011.

[28] Вид. пресуду Врховног суда Србије, бр. У. 7194/05 од 4. октобра 2006.

[29] Вид. Закључак са Саветовања управних одељења републичких и покрајинских судова од 9. децембра 1986: „Надлежни орган за доношење решења о Ванредном укидању извршног решења је орган који је донео извршно решење, а може га укинути и другостепени орган, ако таквог нема, онда и орган који врши надзор над радом првостепеног органа. Поступак за Ванредно укидање извршног решења покреће се и решење доноси само по службеној дужности.“ Мирјана Рашић, *Жалба и ванредна правна средства у управном поступку*, Београд 2009, 39.

обиму који је за то неопходан. Ако орган управе није употребио дискрециону оцену у складу с циљем у коме је овлашћење дато управни акт се може поништити. Стога би суд могао, по тужби странке због незаконитости решења о Ванредном укидању када нађе да оспорени управни акт треба поништити, да у спору пуне јурисдикције сам реши управну ствар, тј. донесе решење којим се стечена права укидају само у обиму неопходном да се отклони опасност по јавна добра.

4. КАРАКТЕРИСТИКЕ ВАНРЕДНОГ УКИДАЊА РЕШЕЊА У ЕКОЛОШКИМ УПРАВНИМ СТВАРИМА

Како је раније указано, еколошке управне ствари имају одређене карактеристике по којима се разликују од управне ствари, а које нарочито долазе до изражаја у примени правних средстава у управном поступку.[30] У том смислу намеће се питање да ли се Ванредном укидању може приступити поводом захтева странке, тј. да ли јавност може имати процесну легитимацију? У чл. 256 ЗУП-а се не спомиње могућност формалног укључивања заинтересованих субјеката у поступак Ванредног укидања. Имајући на уму да је ЗУП-ом заинтересованим субјектима призната процесна легитимација у чл. 254, ст. 2 који нормира Поништавања и укидања по основу службеног надзора, као и чл. 258, ст. 1 који нормира Оглашавање решења ништавим, аргументом *a contrario* закључујемо да јавност не би могла покренути Ванредно укидање решења у еколошким управним стварима. То даље значи да појединци имају могућност да, у редовној комуникацији с органима управе, поднеском у форми иницијативе, укажу на потребу за доношењем одлуке о Ванредном укидању извршног решења.[31] Међутим, орган управе није у обавези да иницијативу прихвати. То се даље рефлектује и на обавезу органа управе да обавести појединце који су му се иницијативом обратили. Ако орган управе, сматрајући да нису испуњени услови за примену Ванредног укидања, не прихвати иницијативу, није у обавези да донесе решење о томе. О таквој одлуци ће само обавестити подносиоца иницијативе. Како је реч о акту који нема карактер управног акта, против обавештења се не може поднети тужба и покренути управни спор.[32] Питање које се даље

[30] Elizabeth Fisher, Ronnie Harding, „The Precautionary Principle and Administrative Constitutionalism: the Development of Frameworks for Applying the Precautionary principle“, *Implementing the Precautionary Principle Perspectives and Prospects* (eds. E. Fisher *et al.*), Edward Elgar 2006, 115.

[31] Вид. Зоран Р. Томић, *Управно право (управна контрола управе)*, Београд 1990, 368.

[32] Закон о управним споровима ЗУС, *Службени гласник РС,* бр. 111/09*,* чл. 3 и чл. 4.

отвара јесте да ли би се управни спор могао покренути ако орган управе донесе одлуку у форми решења? Како је раније указано, Ванредно укидање решења врши се по службеној дужности, а јавност има могућност да се надлежном органу, у форми иницијативе, обрати са чињеницама које, према мишљењу појединаца који се обраћају, оправдавају примену овог ванредног правног средства.[33] Како је реч о могућности, а не праву које могу реализовати појединци као чланови јавности, обавештењем о неприхватању иницијативе, и када би било донето у форми решења, не решава се о неком праву или обавези физичког или правног лица или друге странке у управној ствари.[34] Стога смо мишљења да се против овог акта, и када би био донет у форми решења, не може водити управни спор.

У пракси ЕСЉП је заузет став да „заинтересовани појединци морају имати могућност жалбе против сваке одлуке, акта или пропуста када сматрају да у поступку одлучивања није довољно значаја дато њиховим интересима или изнетим ставовима."[35] Имајући на уму специфичности управног поступка у случајевима заштите животне средине, као и изнети став ЕСЉП, мишљења смо да постојећа законска решења у великој мери одступају од стандарда учешћа јавности у еколошким управним стварима. Осим тога, можемо уочити инконзистентност ЗУП-а и Закона о заштити животне средине који нормира основе учешћа јавности у еколошким стварима.[36] У складу са ЗЗЖС, свако има право да учествује у поступку доношења одлука чије би спровођење могло да утиче на животну средину.[37] Како је Ванредно укидање решења у еколошким управни стварима поступак доношења одлуке чије би спровођење могло да утиче на животну средину, свако, а нарочито заинтересована јавност, би морао да има право да у њему учествује.

5. ЗАКЉУЧАК

Ванредно укидање решења се, као ванредно правно средство, примењује рестриктивно ако су испуњени одређени законом дефинисани услови. Најпре, решење које се Ванредно укида мора стећи својство извршности, које не мора да се подудара са стицањем својства коначности и правоснажности. Затим, решење се може Ван-

---

[33] Вид. фн. 29.

[34] ЗУС, чл. 3, ст. 2.

[35] Случај *Muriel Herrick v United Kingdom*, представка бр. 11185/84 од 11. маја 1985, § 119.

[36] Закон о заштити животне средине ЗЗЖС, *Службени гласник РС,* бр. 135/04, 36/09, 36/09 др. закон, 72/09 др. закон и 43/11 одлука УС.

[37] ЗЗЖС, чл. 9, тач. 10.

редно укинути само ако је то потребно ради отклањања „тешке и непосредне опасности за живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или јавни морал, или ради поремећаја у привреди", не само када је таква опасност настала као последица непосредног извршења решења, већ и када постоји објективна могућност да она извршењем решења и настане. Имајући на уму значај примене начела предострожности у заштити животне средине, овим се отвара могућност за примену Ванредног укидања решења и у случајевима када прелиминарна научна истраживања упућују на то да постоји разумна основа за забринутост. То даље значи да би се применом Ванредног укидања решења могла постићи заштита квалитета и стања животне средине у оним питањима у којима постоји могућност настанка тешке и ненадокнадиве опасности о којој, у том тренутку, није могуће изнети јасан научни став, попут области климатских промена и употребе генетички модификованих организама, ако је утврђена веза између живота и здравља људи или осталих интереса чија је заштита гарантована ЗУП-ом и квалитета и стања животне средине. Анализа судске праксе показује да заштита јавног интереса не може бити обезбеђена на штету неког другог основног начела ЗУП-а, и да значење које појам јавни интерес има мора да буде засновано на законитом и разумном основу, с постигнутом правичном равнотежом између општег интереса заједнице и заштите основних права појединаца. Стога смо мишљења да постојеће решење којим се прецизира појам јавног интереса код Ванредног укидања решења не одговара потреби заштите квалитета и стања животне средине као посебног објекта заштите. Појам јавног интереса, дефинисаног ЗУП-ом, треба проширити тако да обухвата и могућност Ванредног укидања решења ако је то потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности за квалитет и стање животне средине, као посебне вредности.

Коначно, Ванредно укидање може се применити само ако се тешка и непосредна опасност не може отклонити применом неког другог правног средства којим се мање задире у стечена права. Изведена анализа показује да правно средство којим се мање задире у стечена права, у материјалном смислу, можемо одредити као оно које је сразмерно постојећој или запрећеној опасности по заштићени јавни интерес, док би га у формалном смислу могли одредити као оно чија примена чини једини начин за уклањање решење из правног поретка. У том смислу, примена Ванредног укидања решења отвара могућност уклањања из правног поретка интегрисане дозволе, енергетске дозволе, дозволе за постављање базних станица мобилне телефоније или друге појединачне одлуке која може имати утицај на животну средину, када се другим правним средством стање и квалитет животне средине не могу заштитити, а постоји веза између ових вредности и живота и здравља људи или осталих интереса чија је заштита гарантована ЗУП-ом.

Ванредно укидање решења јесте правно средство које се остварује искључиво *ex officio*. Ванредно укидање се не може покренути поводом захтева странке, па иако је појам странке код еколошких управних ствари проширен тако да обухвата јавност, она ипак нема процесну легитимацију. То даље значи да јавност, према важећим законским решењима, нема право да добије одговор у облику решења уколико иницијатива за Ванредно укидање управног акта о еколошкој управној ствари не буде прихваћена. Тиме је примена Ванредног укидања у еколошким управним стварима значајно умањена.

Dr Mirjana Drenovak-Ivanović

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

EXTRAORDINARY CANCELLATION OF DECISIONS: PUBLIC INTEREST AND INTEREST OF ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

The paper examines the possibilities of application of an Extraordinary Cancellation of Decision as the last legal measure to protect the right of every person to a healthy environment. The author analyzes the legal nature of the Extraordinary Cancellation, describes the prerequisites for its application and explains the uniqueness of its application in environmental protection. In order to find the basic elements for determining the notion of "public interest" and "serious and immediate threat" to interests stipulated by law and defining relations between the public interest and the interest of environmental protection, a special attention is given to Serbian Constitutional Court and ECHR case law.

The author presents arguments for the application of Extraordinary Cancellation in environmental protection, points out the practical issues that justify limitation or even cancellation of rights acquired in accordance with the integrated or energy permit, and indicates the application of relevant case law on making a fair balance between demands of general community interest and requirements for individual's fundamental rights protection.

Key words: *Extraordinary Cancellation of Decision. – Public interest. – Interest of environmental protection. – Case Chassagnou and others v. France. – Case law of Serbian Constitutional Court.*

УДК 338.43.02(497.1)"1918/1935"; 332.2.021.8(497.113)"1918/1935"

CERIF: H300

Др Гордана Дракић*

СПРОВОЂЕЊЕ АГРАРНЕ РЕФОРМЕ У КРАЉЕВИНИ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА НА ПРИМЕРУ ВЕЛИКОГ ПОСЕДА СТРАНОГ ДРЖАВЉАНИНА

Једно од најважнијих питања у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца представљало је спровођење аграрне реформе. Аграрна реформа представљала је комплексну државну меру која је имала свој социјални, економски и политички аспект. Спровођење аграрне реформе на подручју Бачке и Баната имало је одређену везу са спољнополитичким односима Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца са Мађарском и Румунијом. Један од елемената који су чинили ту везу било је потирање становништва велепоседника Мађара из Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у Мађарску, односно Срба из Мађарске у Краљевину СХС.

Аграрним прописима донесеним у току спровођења аграрне реформе било је прописано да се велики посед страног држављанина, који од завршетка рата није живео у Краљевини СХС, а земљиште је напустио или издао у закуп, мора експрописати у сврху аграрне реформе без обзира на површину. Велепоседници Мађари оптанти развили су у Мађарској живу кампању против експропријације и деобе њихових поседа у процесу спровођења аграрне реформе у Краљевини СХС позивајући се на одредбе Тријанонског уговора о миру.

На основу података из архивске грађе релевантних архивских фондова Архива Војводине, у раду је изложен интересантан случај експропријације великог поседа на подручју Бачке који је био у својини мађарског држављанина.

Кључне речи: *Аграрна реформа. Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца. Експропријација земљишта. Велики поседи. Аграрни прописи.*

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *gdrakic@pf.uns.ac.rs*.

1. УВОД

У великом броју држава у Европи, услед економских, социјалних и политичких промена које су наступиле након Првог светског рата, организоване су и спроведене опсежне аграрне реформе. Заједничка тежња ових реформи била је ликвидација, или макар смањивање великих и формирање малих и средњих поседа. Доминантан значај у планирању и, потом, спровођењу аграрних реформи имале су социјалне и политичке околности. „Економске тешкоће својствене у системима малих поседа или нису биле предвиђене или су биле игнорисане у присуству политичких и социјалних неопходности“.[1]

Спровођење аграрне реформе и промена поседовних односа у новоствореној држави Краљевству Срба, Хрвата и Словенаца представљало је нужан и неодложан задатак. Аграрна реформа спроведена у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, односно Краљевини Југославији спадала је међу најрадикалније аграрне реформе извршене у Европи након Првог светског рата.

У јануару 1919. године објављен је *Манифест Регента Александра народу* у којем је, између осталог, било речено: „ Ја желим да се одмах приступи праведном решењу аграрног питања, и да се укину кметства и велики земљишни поседи. У оба случаја земља ће се поделити међу сиромашне земљораднике, с правичном накнадом досадашњим њеним власницима... Зато сам позвао Моју владу да одмах образује комисију, која ће спремити решење аграрног питања, а сељаке-кметове позивам да, с поверењем у моју Краљевску реч, мирно сачекају, да им наша држава законским путем преда земљу...“.[2] *Манифест* је имао компромисни тон како би и сељаштво и земљопоседници њиме били задовољни. Регентов потез изазвао је жељени ефекат, јер је након објављивања прогласа дошло до смиривања прилично узаврелог расположења међу сељаштвом. Проглас је, с обзиром на чињеницу да је садржао нека начела аграрне реформе која је била у припреми, представљао својеврстан увод у обимну законодавну активност усмерену на решавање аграрног проблема која је потом уследила.

---

[1] H. Seton Watson, *Eastern Europe Between The Wars 1918 1941*, Copyright 1982. by H. S Watson First Published in 1945 by Cambridge University Press, 79. Аутор, поред наведеног, истиче да је међу образованим људима у земљама источне Европе постојало опште осећање да сељаштво заслужује да добије део националног богат ства путем спровођења аграрне реформе, с обзиром на то да је: „поднело главни удар рата, и доказало се у највећој кризи до тад познатој у људској историји да је уствари кичма нације.“ подвлачећи, при том, да послератне земљишне реформе не могу бити оцењене као економске мере.

[2] Манифест Регента Александра народу од 6. јануара 1919, *Службене Нови не Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца*, бр. 2 од 28. јануара 1919.

Наиме, недуго затим, влада је усвојила *Претходне одредбе за припрему аграрне реформе* које су објављене 27. фебруара у *Службеним Новинама*.[3] У даљем току аграрне реформе *Претходне одредбе за припрему аграрне реформе* представљале су, стицајем околности, веома значајан правни акт, биле су нека врста основног закона о аграрној реформи иако у тренутку њиховог доношења нису постојале такве претензије. Основна интенција у току формулисања садржине тог прописа састојала се у намери да се, утврђивањем темељних начела аграрне реформе, у пракси створи прелазно стање којим би се омогућило да сељаци добију земљиште од државе у привремени закуп. Брзо деловање имало је за циљ да се предупреде очекивани немири међу аграрном сиротињом у пролеће 1919. године.

У трећем, најобимнијем, поглављу *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе* било је прописано да ће се сви велики поседи на територији Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца експроприсати.[4] Међутим, шта ће се подразумевати под појмом велики посед требало је да се накнадно дефинише посебним законом, а у складу с поседовним и економским приликама појединих крајева државе. Изузетно, без обзира на слово претходне одредбе, у десетом параграфу *Претходних одредаба* одмах су проглашени за велике поседе: а) сва фидеикомисна добра; б) сви поседи са површином од бар 100 до 500 кј обрадивог земљишта који су издати у закуп једном закупцу, или који уопште нису или су само делимично обрађени; в) поседи који имају површину од бар 100 до 500 кј (по 1600 кв хв) обрадивог земљишта, према поседовним и економским приликама свог краја. Поред тога, наглашено је да се сви наведени поседи имају одмах подвргнути привременој раздеоби и то редом од највећег према све мањем. Било је прописано и да ће се за експроприсано земљиште велепоседницима давати одштета чија висина и начин исплате је требало накнадно да буде утврђена одговарајућим законом.

Развој аграрних, и с њима у вези, својинских односа на земљишту, представља сложен друштвени и економски процес, што нарочито долази до изражаја у доминантно пољопривредним областима какво је било подручје Војводине. У Војводину су, у историјском смислу, спадали Банат, Бачка, Барања и Срем, не увек све наведене области, нити њихове географске целине.[5] Захваљујући посебним

[3] *Службене Новине Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца,* бр. 11 од 27. фебруара 1919.

[4] „Експропријација представља одузимање или ограничавање права својине на непокретностима физичких или правних лица, до чега долази у јавном интересу актом надлежног државног органа", Д. Милков, „Експропријација између приват ног и јавног", *Анали Правног факултета у Београду,* 2/2011, 43.

[5] О томе вид.: М. Палић, „Преглед административно територијалних про мена у Војводини 1918 1941, *Зборник Матице српске за друштвене науке* 38/1964,

историјским, социјално-економским и природним факторима, развитак капитализма и концентрација поседа текли су у Војводини много брже него у другим југословенским покрајинама и крајевима. Након Револуције 1848/49. укинути су феудални односи на целој територији Хабзбуршке монархије. На подручју Војводине, у постреволуционарном периоду, остали су очувани велики земљишни поседи феудалног порекла. Њихови власници су се прилагодили новим капиталистичким робноновчаним односима. Уместо феудалног начина обраде земљишта – коришћењем рада сељака везаних за земљу, прешло се на уговорни однос с онима који су земљу обрађивали.[6] На тај начин, у војвођанску пољопривреду су, путем примене на великим поседима, постепено продирали капиталистички односи. Велики земљишни поседи имали су, несумњиво, значајну улогу у унапређењу пољопривреде на подручју Војводине. Услед тога, и поред извесних особености „поседовни односи у Бачкој, Банату и Срему, пред Први светски рат, били су резултат јединственог капиталистичког развитка војвођанске пољопривреде после Револуције 1848/49. и, на основу тога, у суштини истоветни".[7] Нагли развитак капитализма убрзао је раслојавање сељачког становништва што се одразило на осиромашење ситних земљопоседника посебно дела сеоског становништва – слугу, надничара и сл. „На трима подручјима посебне концентрације великих поседа, који су остали у Војводини, у Славонији и у Међумурју, формално ослобођење кметова без земље (слугу, покућара, станара...) створило је аграрни пролетеријат, велики број пољопривредних радника без икакве земље, којима спора индустријализација није омогућавала да пређу на друга занимања, а нису имали новца да плате возну карту за исељење."[8] Изложена оцена аграрних односа, те закључак аутора да готово читав век после ослобођења кметова њихов економски положај није еволуирао, свакако се може узети као одговарајућа за стање пре, али и након Првог светског рата.

Почетком 1919. године Повереништво за привреду Народне управе у Новом Саду направило је општи преглед стања у домену аграрних односа у Бачкој и Банату како би утврдило структуру земљишних поседа на том подручју. Надлежно повереништво вероватно је, у свом раду, користило угарске статистичке податке сачињене пред Први светски рат. Према овом прегледу, у Бачкој су

125 162.

[6] Кратак преглед развоја аграрних односа у прошлости на територијама које су ушле у састав Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца вид.: J. Matl, *Die Agrarreform in Jugoslawien*, Berlin 1927, 9 29.

[7] Н. Гаћеша, „Поседовни односи у Војводини пред Први светски рат", *Радо ви из аграрне историје и демографије*, Нови Сад 1995, 28.

[8] М. Мирковић, *Економска хисторија Југославије*, Загреб 1958, 222.

велики поседи физичких лица, општински, државни и црквени, заузимали површину од 288.120 ха, а ситни и средњи поседници имали су у свом власништву 748.108 ха. У Банату, велики поседи су заузимали површину од 1.247.002 ха, а ситни и средњи 1.605.229 ха. Међутим, овај преглед подразумевао је територије Бачке и Баната пре коначног разграничења Краљевине СХС са Мађарском и Румунијом, које је уследило након рата, те се стога, као и због неких других мањкавости, не може узети као релевантан за разматрање структуре земљишних поседа на подручју Бачке и Баната уочи почетка спровођења аграрне реформе.[9] Полазећи, такође, од угарских статистичких података, писци савременици, говорећи о потреби спровођења аграрне реформе, наводили су да је у области Бачке, Баната, Барање и Срема 1910. године било 38,3% људи без земље, односно било је „1.279.718 сиротиње која није имала ништа или највише 5 јутара“.[10]

Очигледно и сама свесна да јој такви подаци неће бити од користи у предстојећој аграрној реформи, Народна управа прикупила је, непосредно након тога, прецизне податке о аграрнопоседовној структури у Бачкој, Банату и Барањи. Податке који су се односили на подручје Бачке научно је обрадио Славко Шећеров 1929. године. У својој студији, навео је да је своје закључке извео на основу података које је прикупило Повереништво за привреду Народне управе. После ликвидације Народне управе (у марту 1919. године прим. Г.Д.) подаци су достављени Министарству за аграрну реформу у Београду. С обзиром на то да је С. Шећеров у току 1919. године, извесно време, вршио дужност главног повереника за аграрну реформу за Банат, Бачку и Барању, имао је увид у прикупљени материјал. Податке које је обрадио, разврстао је у три категорије, од којих се последња односила на објекте аграрне реформе, односно на поседе веће од 200 кј.[11] У сачињеној категоризацији наведено је 365 поседника са преко 200 кј земље, али недостајали су подаци о земљишним поседима површине између 10 и 200 кј, што је приређивач образложио на следећи начин: „Повереништво за Привреду, чини ми се, било је мишљења, да се великим поседима имају сматрати они поседи, који почињу од 200 јутара и зато није пописивало поседнике, који имају више од 100 а мање од 200 јутара земље.“[12]

---

[9] Н. Гаћеша, „Прилог проучавању аграрнопоседовне структуре и аграрних прилика у Војводини у време стварања Југославије, *Радови из аграрне историје и демографије*, Нови Сад 1995, 114 115.

[10] М. Вилић, *О аграрној реформи*, Нови Сад 1920, 3. и Т. Ристић, *Борба за земљу и наша аграрна реформа*, Београд 1938, 40.

[11] Катастарско јутро је мера за површину земљишта. Једно катастарско јутро износи 5754, 64 м², али се често заокружује на 5760 м².

[12] С. Шећеров, „Социално аграрни односи у Бачкој пред извођењем аграрне реформе, *Српска Краљевска Академија Споменик*, Београд 1929, LXIX, 54,117.

Према подацима до којих је дошао Никола Гаћеша приликом истраживања архивске грађе у војвођанским архивима, 1919. године на подручју Бачке било је 179 великих земљишних поседа, односно оних с површином изнад 200 кј. На подручју Баната таквих поседа било је 174, а на подручју Срема 57. Највећи део у укупној површини великих поседа на подручју Војводине заузимали су тзв. општински поседи 42,55%. У власништву физичких лица било је укупно 39,85% великих поседа на подручју Војводине.[13]

2. ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА СТРАНИХ ПОСЕДА

Анализу стања аграрнопоседовне структуре уочи извођења аграрне реформе, треба употпунити напоменом да је „земљишна аристократија" страног порекла имала јаке позиције у домену власништва на великим поседима који су се налазили на подручју Бачке и Баната. Тако је у Бачкој највише велепоседника било, мађарске националности, потом, немачке, затим српске и напослетку јеврејске и буњевачке.[14] Слична ситуација била је и у Банату где су већину велепоседника чинили Мађари (у свом власништву имали су скоро ¾ од укупне површине тамошњих великих поседа), затим Јевреји, потом Немци, а на крају Срби и Хрвати.[15] Свакако да је таква ситуација у значајној мери, између осталих разлога и циљева, определила државне власти да у што краћем року, након формирања нове државе, почну са спровођењем аграрне реформе. То се јасно може видети и из текста *Меморандума* који је Славко Шећеров из Лондона 3. новембра 1918. упутио влади Краљевине Србије. Говорећи о значају власничке структуре када се радило о великим поседима, указао је на потребу да се она промени, а своју иницијативу и став образложио је следећим речима: „...Србија нема разлога да подупире велики посед у новим провинцијама...јер носилац великог поседа није одан Србији и државној идеји; у Босни имају другу веру, у Хрватској другу културу, у Војводини другу веру, културу и језик; признањем постојећег поретка створио би се економски јак сталеж који би постао доминантан у будућој држави, државне би функције брзо усвојио, те би демократије нестало. Јер ће тај сталеж бити извор свих аутономистичких тенденција за федерацијом и према туђину и стварању јединствене државе".[16]

[13] Н. Гаћеша, *Земљишни власнички односи у Војводини уочи Другог светског рата*, Нови Сад 2007, 13 14.

[14] Н. Гаћеша, *Аграрна реформа и колонизација у Бачкој 1918 1941*, Нови Сад 1968, 50, и С. Шећеров, нав. дело, 135.

[15] Н. Гаћеша, *Аграрна реформа и колонизација у Банату 1919 1941*, Нови Сад 1972, 30.

[16] С. Шећеров, *Историја југословенске аграрне реформе и аграрног законодавства од 1919. до 1934*, Рукописно одељење Матице српске, М. 14029, 448 449.

Спровођење аграрне реформе на подручју Бачке и Баната имало је, услед напред наведених чињеница, одређену везу са спољнополитичким односима међуратне Југославије, Мађарске и Румуније. Чиниоци који су повезивали проблематику аграрне реформе и спољнополитичке односе са Мађарском били су разграничење између Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца и Мађарске, оптирање неких велепоседника Мађара у Мађарску, као и оптирање извесног дела становништва, Југословена, из Мађарске у Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца.[17]

Бачки велепоседници – Мађари, који су, након завршетка Првог светског рата и стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, оптирали у Мађарску, своје поседе су издавали у закуп или из дела, а то је било у супротности са члановима 3 и 4 *Наредбе о државном надзору и државној управи великих поседа*.[18] Наиме, велики поседници су имали обавезу да сами, односно у својој режији интензивно обрађују и рационално искоришћавају површине које су им остављене, с нарочитим обзиром на унапређење аграрне индустрије. Због одређених недоумица које су се појавиле у практичном раду аграрних органа у вези с поменутим обавезама великих поседника, министар за аграрну реформу је као одговор на питање главног повереника за аграрну реформу за подручје Баната и Бачке издао нову наредбу.

У *Наредби* која је издата 16. септембра 1920. прецизирано је да се земљиште чији је власник страни држављанин, који од завршетка рата не живи на територији Краљевине, а земљу је напустио или издао у закуп, има издати у привремени закуп аграрним интересентима. Такво земљиште требало је да се издаје у привремени закуп аграрним интересентима без обзира на то колику површину је заузимало. У *Наредби* је нарочито било наглашено да поседник страни држављанин не губи, услед експропријације, право власништва, те да ће се приликом дефинитивне деобе, по могућству и раније, такво земљиште излучити из деобе и вратити власницима.[19]

Иако је, дакле, било истакнуто да мађарски оптанти не губе право својине на земљишту које ће се издати у привремени закуп и да ће

[17] Оптирање право или могућност опредељења мањина у слободном избору држављанства. Субјекти овог процеса називају се оптанти. О оптирању српског становништва у Мађарској након Првог светског рата вид.: Г. Маловић, *Сеоба у матицу, Оптирање Срба у Мађарској 1920 1931*, Нови Сад 2010. и Н. Гаћеша, „Оптанти из Мађарске у Краљевини СХС после Првог светског рата“, *Друштвене науке о Србима у Мађарској*, Будимпешта 2003, 33 44.

[18] Наредба о државном надзору и државној управи великих поседа Бр. 14082 од 3. септембра 1920. године, *Аграрна реформа уредбе, наредбе и расписи*,*Збирка докумената*, I, (АР I), Загреб 1920, 63 72.

[19] Наредба министра за аграрну реформу Бр.15119 од 16. септембра 1920. године, АР I, 222.

им приликом коначне деобе, по могућству и раније, оно бити враћено, оптанти су, ипак, у Мађарској развили живу кампању против деобе њиховог земљишта, у процесу аграрне реформе, у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца. Првих година после потписивања Тријанонског уговора о миру с Угарском акција оптаната се, углавном, сводила на протесте. Међутим, након што је међународноправни положај Мађарске учвршћен уследиле су тужбе Међународном суду правде у Хагу против Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.

Тужбе су се, између осталог, заснивале на тврдњи да је југословенска држава спроводећи аграрну реформу, уз релативно малу одштету велепоседницима, прекршила члан 250 Тријанонског уговора о миру. Тај члан је гласио: „Без обзира на одредбе члана 232 и Додатка Одељку IV, добра, права и интереси Угарских припадника или друштава под њиховим надзором, који леже на територијама некадашње Аустро-Угарске монархије неће се моћи узаптити или ликвидирати саобразно тим одредбама. Та добра, права и интереси вратиће се заинтересованим, ослобођени од сваке такве мере или од сваке друге мере располагања, принудне администрације или секвестра, предузете од 3. новембра 1918. до ступања у важност овог Уговора. Потраживања, која би на основу овог члана могли упутити угарски припадници, поднеће се Мешовитом Изборном Суду предвиђеном у члану 239“.[20] Тужитељи су се позивали на чињеницу да се Краљевина СХС потписивањем уговора о миру с Угарском 4. јуна 1920. обавезала да неће на територији која је ушла у њен састав, а раније је припадала Аустро-Угарској, вршити секвестрацију и ликвидацију имања мађарских држављана.

3. СЛУЧАЈ БЕЛЕ ПЕРЦЕЛ

Служећи се подацима из архивске грађе, изложићемо случај експропријације великог поседа у сврху аграрне реформе чији је власник био мађарски држављанин, који је у настојању да заштити своја права, између осталог, поднео тужбу Међународном суду у Хагу.

Велики поседник Бела Перцел (*Béla Percel*) држављанин Мађарске имао је земљиште на подручју општине Суботица које је према својој површини представљало велики посед. Аграрна заједница из Бачке Тополе поднела је молбу аграрним властима да се, ради изградње кућа за њене чланове, експроприше одређени део велепоседа Беле Перцела који се налазио у Зобнатици. Жупанијски

[20] Уговор о миру с Угарском (Тријанонски уговор), *Збирка закона протума чених и објашњених судском и административном праксом*, Београд 1927, 64, 184.

аграрни уред у Суботици је, у складу с *Уредбом о проведби делимичне експропријације земљишта великих поседа за јавне интересе, колонизацију и изградњу радничких и чиновничких станова и вртова*, спровео расправу на лицу места у јуну 1921. године.[21] Том приликом је утврђено да постоје сви потребни разлози, прописани у *Наредби*, који оправдавају извршење експропријације на поменутом велепоседу.

Аграрна дирекција Новосадска је, као надлежна инстанца, на основу извештаја с лица места, у септембру 1922. године донела решење о експропријацији 16 кј 780 кв хв од великог поседа Беле Перцела, а ради изградње кућишта за аграрне интересенте-добровољце. Експрописано земљиште се није могло отуђити ни оптеретити без дозволе Министарства за аграрну реформу што је било у складу с *Уредбом о забрани отуђивања и оптерећивања земљишта великих поседа* из 1919. године.[22] У решењу дирекције било је истакнуто да ће се висина коначне одштете за експрописано земљиште уредити законодавним путем приликом коначне експропријације великих поседа. До тада, аграрни интересенти су имали обавезу да за додељено земљиште плаћају прописану годишњу закупнину.[23]

Велепоседник Перцел уложио је жалбу на решење Аграрне дирекције наглашавајући да Уредба на основу које је извршена експропријација само привремено регулише аграрно питање „а пошто дакле ово питање није законом уређено, не може бити места дефинитивном експрописању тим мање што данас законским путем нити вредност експрописаног земљишта нити начин плаћања исте није решено".[24] Позивајући се, дакле, на привременост правних прописа који су регулисали проблем аграрне реформе, жалилац је изнео мишљење да се пре доношења одговарајућих законских одредаба не може спроводити коначна експропријација и тако покушао да оспори решење Дирекције.

---

[21] Уредба о проведби делимичне експропријације за јавне интересе, колонизацију и изградњу радничких и чиновничких станова и вртова, *Службене Новине Краљевства СХС*, бр. 37 од 19. фебруара 1920.

[22] *Службене Новине Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца* бр. 82 од 12.августа 1919. Поменутом Уредбом уведена је установа земљишног максимума у процес спровођења аграрне реформе. Утврђивањем две врсте максимума (једног у обрадивом, а другог у земљишту уопште) било је прописано који поседи улазе у групу великих поседа и услед тога потпадају под удар аграрне реформе. Површина земљишта која је представљала максимум била је различито одређена у зависности од тога у ком делу државе се велики посед налазио.

[23] *Аграрна Дирекција Новосадска Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца Бр.5762 од 26. септембра 1929. године*, Архив Војводине (у даљем тексту: АВ), Фонд Комисија за ликвидацију аграрне реформе (у даљем тексту: Ф.98), 113.

[24] *Аграрна Дирекција Новосадска Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца Бр.6632 од 1. новембра 1922. године,* АВ, Ф.98, 113.

Министарство за аграрну реформу је, својим решењем од 14. новембра 1922, одбило као неосновану жалбу великог поседника. У образложењу решења, речено је да се експропријација предметног земљишта може дозволити, најпре, с обзиром на одређени максимум великог поседа, а потом и зато што је сврха одвајања с економског становишта оправдана и доказана.[25]

Две године касније Министарство је донело ново решење којим је одбило молбу Беле Перцела, поднету у међувремену, да му се одобри продаја извесног дела површине великог поседа. У решењу је изнето да је утврђено да предметни велики посед има површину од 1339 кј 1343 кв хв, те да је власник 1922. године, на основу дозволе Министарства за аграрну реформу, већ продао 315 кј 375 кв хв, а да је сав остали део поседа стављен под удар аграрне реформе. Посебно је наглашено да велики поседник Перцел „не живи у нашој Краљевини, већ у иностранству“,[26] те да му се на основу важећих аграрноправних прописа не може признати предвиђени максимум, већ се цео посед има искористити у сврхе аграрне реформе.

Велепоседник је, наиме, своју молбу заснивао на чл. 6 и 7 *Уредбе (Закона) о забрани отуђивања и оптерећивања земљишта великих поседа* према којој је министар у појединим случајевима могао дозволити да се одређена површина великог поседа изузме од поменуте забране, уколико процени да то неће штетити правилном извођењу аграрне реформе. У Министарству је, у вези с тим, процењено да би тражено одобрење било у супротности с правилним спровођењем аграрне реформе, с обзиром на то да је предметно земљиште било употребљено у сврху колонизације добровољаца.

Дакле, према решењу Министарства за аграрну реформу, и напред поменутој, наредби министра истог ресора из 1920. године, велики поседник као страни држављанин није имао право на уживање максимума, односно његов целокупан посед долазио је под удар аграрне реформе. Велепоседник Перцел се није слагао с таквим резоновањем, сматрајући да су таквим одлукама повређена његова права гарантована, између осталог, одредбама Тријанонског уговора.

Перцел је, стога, поднео тужбу Међународном арбитражном суду у Хагу против Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. О томе сазнајемо из представке коју је велепоседников правни заступник упутио 5. јула 1929. министру за аграрну реформу с циљем исходовања вансудског поравнања. Сматрајући да му „противно свим законима о аграрној реформи није на име законитог максимума остало нити

[25] *Решење Министарства за Аграрну Реформу Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца Бр.43390 од 14. новембра 1922. године*, АВ, Ф.98, 113.

[26] *Решење Министарства за Аграрну Реформу Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца Бр.52005 од 3. јула 1924. године*, АВ, Ф.98, 113.

једно једино јутро на слободно искоришћавање...“[27] велики поседник је против Краљевине СХС поднео тужбу суду у Хагу, по свему судећи, још 1925. године (прим.Г.Д.), тражећи да му се врати законом предвиђени максимум. Поред тога, тражио је и накнаду штете што је пуних десет година био, по његовом мишљењу, противзаконито спречаван у слободном искоришћавању свога законитог максимума.

Међутим, Перцел је, преко свог правозаступника, нудио опцију вансудског поравнања уколико му држава без одлагања врати на слободно уживање максимум земљишта предвиђен законским одредбама. У представци је упућена молба министру да одреди спровођење ревизије на Перцеловом поседу. Ревизија је, по мишљењу великог поседника, требало да покаже да, иако је сва земља била раздељена аграрним интересентима, постоје површине које се могу вратити власнику јер „ноторна је ствар, да на сваком поседу има маса добровољачких парцела, које под том титулом искоришћује свако други само не добровољци“.[28] Тиме су, у ствари, алудирали на различите злоупотребе с аграрним земљиштем које су се дешавале у пракси, јер се неретко догађало да аграрни интересенти добијену земљу, противно важећим аграрноправним прописима, издају у закуп или продају.

Министар пољопривреде је, након неколико дана, издао наредбу Жупанијском аграрном уреду у Новом Саду да хитно поднесе детаљан извештај о актуелном стању на поседу тужиоца, као и о евентуалној могућности да се ревизијом ослободе неке површине у сврху повраћаја.[29] Жупанијски аграрни уред доставио је крајем октобра 1929. године тражени извештај, посредством Аграрне дирекције, Одељењу за аграрну реформу Министарства пољопривреде. Обавештен о томе да је вршена ревизија на Перцеловом поседу, његов пуномоћник поднео је, почетком новембра исте године, нову представку министру пољопривреде. У њој је изразио спремност да одустане од тужбе у Хагу, под условом да се Перцелу врати максимум и то одмах површина од 463 кј која је услед ревизије постала расположива, а потом и остатак.

У извештају који је поднео Жупанијски аграрни уред, констатовано је да је у сврхе аграрне реформе од Перцеловог поседа било подељено преко шесто катастарских јутара земље. Право стање ствари на Перцеловом поседу и евентуалну могућност премештаја насељених аграрних интересената на слободне површине које су се налазиле у близини, требало је да утврди саветник Краљевске банске

[27] *Министарство пољопривреде Агр. Бр.11634 од 12. јула 1929. године*, АВ, Ф.98, 113.

[28] Исто.

[29] *Жупанијски аграрни уред Краљевине СХС у Новом Саду Бр.14454 од 22. јула 1929. године*, АВ, Ф.98, 113.

управе у Новом Саду, кога је Министарство својим решењем овластило да изврши увиђај и поднесе извештај.

Из извештаја од 8. априла 1930. сазнајемо да је на Перцеловом поседу било насељено 72 добровољца, с породицама, који су тамо и живели и добијену земљу најрационалније обрађивали „тако да су од земље која је стално била издавана у закуп створили прворокласне и добро обрађене оранице“.[30] С друге стране, саветник је утврдио да су површине на које би се, евентуално, могли преместити 23 насељена добровољца лошег квалитета јер су у међувремену биле издаване у закуп или у наполицу, а нису биле обрађиване од стране аграрних интересената. Саветник је известио Министарство да би се поседнику могло вратити 16 кј 600 кв хв јер је једино та површина била слободна, односно расположива.

Саветник Краљевске банске управе позитивно је, дакле, оценио рад аграрних интересената и истакао да су побољшали стање земљишта које је велики поседник, пре него што је експроприсано, стално издавао у закуп, што је довело до погоршања квалитета земљишта. У његовом извештају изражен је, на тај начин, афирмативан став према целокупној аграрној реформи и њеном крајњем циљу – да се формира слој малих поседника који ће рационалним обрађивањем земљишта обезбедити себи егзистенцију, евентуално и вишак прихода.

Противници спровођења аграрне реформе, с друге стране, су од самог почетка, као један од главних аргумената истицали да су једино велики поседници били у могућности да обезбеде рационалну и интензивну обраду земљишта, док су аграрни интересенти нестручним обрађивањем земље користећи примитивна средства деловали као ретроградан фактор.

Оно што је у, поменутом, извештају наговештено, било је јасно изражено у допису који је Краљевска банска управа упутила Министарству пољопривреде у септембру 1930. године. Управа је била мишљења да аграрне интересенте не треба премештати с поседа Беле Перцела јер су се населили и, као што показују извештаји, земљу успешно обрађују. Била би штета, по оцени Краљевске банске управе, за економски развитак аграрних интересената преселити их на удаљеније земљиште, које је при том и лошијег квалитета. Нарочито је интересантан закључак изнет на крају дописа у ком је речено: „Питање поседниковог максимума нека се реши новим законом, као што ће се решити питање и осталих поседа, који су издељени, а максимума не достижу“.[31]

---

[30] *Краљевина Југославија Министарство пољопривреде Бр.20449/Va од 9. априла 1930. године*, АВ, Ф.98, 113.

[31] *Краљевина Југославија Министарство пољопривреде Бр.54137 од 19. сеп тембра 1930. године*, АВ, Ф.98, 113.

Дакле, став највише аграрне инстанце на подручју Војводине био је да постојеће стање не треба мењати, а да права великог поседника треба коначно дефинисати законским одредбама и, на основу истих, потом решити у пракси.

Након доношења *Закона о ликвидацији аграрне реформе на великим поседима* у јуну 1931. године, утврђено је, од стране Аграрног одељења Краљевске банске управе, да на поседу Беле Перцела, услед тога што је држављанин Мађарске, није био спроведен поступак о утврђивању објеката аграрне реформе према одговарајућој наредби из 1925. године.[32] Пољопривредно одељење Краљевске банске управе је стога наложило нижим аграрним инстанцама да се у складу са Законом утврде објекти аграрне реформе на Перцеловом поседу и спроведе експропријација земљишта већ одузетог за сврхе аграрне реформе. Према извештају аграрног одељења у Новом Саду из септембра 1931. године од Перцеловог поседа је, од почетка спровођења аграрне реформе, било одузето 765 кј 1036 кв хв, док је велепоседнику остављено 365 кј 85 кв хв. Како је велепоседник уз дозволу Министарства продао 315 кј 357 кв хв, он је 1931. године поседовао 49 кј 1328 кв хв.[33]

Након што је спроведен поступак за утврђивање објеката аграрне реформе и утврђено чињенично стање на поседу Беле Перцела, Краљевска банска управа је у јануару 1932. донела званичну одлуку о експропријацији земљишта. У одлуци је, на основу претходно прикупљених података, прецизно наведена површина целог поседа као и површине ужег, односно ширег максимума које се остављају власнику. Великом поседнику је овом одлуком као ужи максимум остављено 315 кј 556 кв хв, а на име ширег максимума добио је 2 кј 745 кв хв, док је за експропријацију било одређено 806 кј 412 кв хв.

Дакле, одлуком о експропријацији само је озваничено оно што је већ било остварено у пракси фактичким спровођењем аграрне реформе. У одлуци је прецизирано да се поседнику не може оставити потпуни ужи, односно шири максимум јер је преостали део обрадивог, односно необрадивог земљишта „раније одвојен за сврхе аграрне реформе и издељен добровољцима колонистима, које су на додељену земљу населили и куће подигли".[34]

Коначно решење о експропријацији великог поседа Беле Перцела донело је Министарство пољопривреде 31. јула 1932. У решењу

[32] Утврђивање објеката аграрне реформе на појединим поседима обављало се, по правилу, у присуству власника великог поседа, што аграрни органи у пред метном случају очигледно нису могли да обезбеде.

[33] *Краљевска банска управа Дунавске бановине, III, Бр.49140/31 од 2. новем бра 1931. године*, АВ, Ф.98, 113.

[34] *Краљевска банска управа Дунавске бановине, III, Бр.53768/31 од 14. јануара 1932. године,* АВ, Ф.98, 113.

је прецизирано да су површине које су остављене великом поседнику ослобођене свих ограничења у погледу располагања. У складу с Париским споразумима, који су били потписани 28. априла 1930, одштету за експроприсано земљиште требало је да уплати Краљевина Југославија у, за те сврхе основан, Аграрни фонд из којег је, потом, велики поседник требало да добије накнаду.[35] Решење Министарства било је донето у складу с одредбом § 11 *Закона о ликвидацији аграрне реформе на великим поседима* који је регулисао питање експропријације великих поседа страних држављана. Под тачком три било је прописано: „У погледу експропријације великих поседа мађарских држављана, за које важе одредбе Закона о уводу о споразумима односно обавеза, које потичу из Тријанонског уговора итд. између мађарске и победилачких сила од 27. маја 1930. год. поступиће се на тај начин, што ће се саобразно горе наведеном Закону експроприсати одмах у сврху аграрне реформе целокупни посед и пренети у земљишним књигама на државу. Затим ће се одмах сопственицима повратити и на њих пренети у земљишним књигама стављајући им га на слободно располагање онај максимум, који је предвиђен одредбама овог Закона.“[36] Како је и у наведеном решењу Министарства прецизирано, држава је одштету за експропријацију требало да „одсеком“ уплати у фонд А.

4. ПАРИСКИ СПОРАЗУМИ

Потписивање Париских споразума уследило је након дугих расправа о начину решавања проблема с којим су биле, поред Краљевине Југославије, суочене и Румунија и Чехословачка. Наиме, против све три државе био је поднет, услед спровођења аграрних реформи, приличан број тужби Међународном суду од стране мађарских држављана.[37]

На Међународној конференцији за репарације одржаној у Хагу почетком 1930. године, Чехословачка, Румунија и Југославија поставиле су захтев да се, као услов за смањење репарација и других обавеза Мађарске, ликвидирају тужбе мађарских држављана којима је тражено поништење експропријације и пуна одштета за поседе под ударом аграрне реформе.[38] Дискусија је окончана у Паризу потписивањем четири споразума позната под именом Париски споразуми

[35] *Министарство пољопривреде Краљевине Југославије, Бр.45320/VI а од 31. јула 1932. године.*

[36] *Службене Новине Краљевине Југославије* бр. 142 од 26. јуна 1931. године.

[37] Вид.: И. Пржић, *Мађарски оптанти и румунска аграрна реформа*, Београд 1928.

[38] M. Erić, *Agrarna reforma u Jugoslaviji 1918 1941*, Sarajevo 1958, 528.

разуми. Други и трећи од тих споразума односили су се на питања у вези с аграрном реформом у Југославији, Чехословачкој и Румунији, као и на рад мешовитих изабраних судова.

Наиме, према члану I другог Споразума одговорност тужене стране у свим парницама које су биле покренуте до 20. јануара 1930. пред Мешовитим изабраним судовима од стране мађарских држављана против Југославије, Румуније и Чехословачке због аграрних реформи падaће искључиво на један фонд – „Аграрни фонд“. Краљевина Југославија имала је, према Споразумима, обавезу да пре 20. јула 1931. обнародује дефинитивни закон о аграрној реформи и да што брже обезбеди његову примену.[39] Мешовити изабрани судови су, према члану VII, своје пресуде требало да донесу искључиво на основу Споразума и да, уколико је оправдано, одреде одштету тужиоцима. Судови нису имали право да се упуштају у тумачење члана 250 Тријанонског уговора нити да се изјашњавају о самом неслагању између парничних страна.[40] Капитал Аграрног фонда формирао се уплатама које су поред три заинтересоване државе требало да изврше и Мађарска на основу репарација, Велика Британија, Француска, Белгија и Италија. Краљевина Југославија се обавезала да ће уплаћивати годишње ануитете у износу од милион круна почев од 1931. па до 1944. године закључно. А, потом је од 1944. до 1967. године требало да уплаћује по 1.672.672 круне, с тим што је уговорено да ће се капитал Аграрног фонда смањивати по 387 круна за свако катастарско јутро које је остављено од почетка спровођења аграрне реформе тужитељима-мађарским велепоседницима.

У посебном мемоару мађарске делегације који је предат Хашкој конференцији и представљао анекс А Споразуму III изнето је да се све покренуте парнице мађарских држављана односе на 150.000 кј експрописаног земљишта, те да „Мађарска делегација мисли да би 80 милиона златних круна било довољно да се мађарски држављани одлуче повући своје тужбе...ова сума одиста одговара оштети од око 500 златних круна по јутру“.[41] Власти Краљевине Југославије су сматрале, на основу прикупљених података, да би на терет Аграрног фонда заиста могло да падне око 150.000 кј. Та процена је дата на основу података који нису били коначни јер је Мешовити изабрани суд тек требало да донесе пресуде о површинама које ће платити Аграрни фонд.[42]

---

[39] Како смо већ навели, ту обавезу Краљевина Југославија испунила је 19. јуна 1931. године доношењем *Закона о ликвидацији аграрне реформе на великим поседима*.

[40] *Службене Новине Краљевине Југославије бр.96 XXIX од 30. априла 1930. године.*

[41] Исто.

[42] J. Demetrović, *Agrarna reforma u Jugoslaviji*, Beograd 1933, 25.

Међутим, и након ступања на снагу Париских споразума дошло је поново до спора између Мађарске и Краљевине Југославије поводом спровођења аграрне реформе. Наиме, крајем 1931. године троје мађарских велепоседника покренули су спор пред Мешовитим изабраним судом тражећи да осуди Аграрни фонд на плаћање одштете за експроприсану земљу у Краљевини Југославији. Суд је тужбе одбацио с образложењем да су неблаговремене, а тужиоци се на такву одлуку суда нису жалили. Међутим, у јуну 1933. године они поново покрећу поступак пред Мешовитим изабраним судом против Краљевине Југославије. Овога пута позивали су се на члан 250 Тријанонског уговора тражећи да им Југославија плати одштету за извршену експропријацију. Суд је, средином 1935, донео пресуду којом је поменуте тужбе одбацио као неприхватљиве будући да су засноване на чл. 250 Тријанонског уговора, у чије тумачење Суд, према изричитој одредби Париских споразума, није смео да улази. Мађарска влада је, потом, поднела жалбу Сталном суду међународне правде у Хагу (као другостепеној инстанци). Хашки суд је крајем 1936. године изрекао пресуду у корист Краљевине Југославије. Својим начелним ставом Стални суд за међународну правду је онемогућио нове спорове на основу сличних тужби.[43]

5. ЗАКЉУЧАК

Особеност аграрне реформе спроведене у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца која је умногоме одређивала њен карактер, огледала се у њеном етапном спровођењу. Ток спровођења аграрне реформе може се поделити на етапе с обзиром на важење одговарајућих прописа који су одређивали њене оквире. Све до доношења *Закона о ликвидацији аграрне реформе на великим поседима* 1931. године, којим је отпочела етапа њене ликвидације, односно коначне експропријације великих поседа, трајало је тзв. провизорно стање у спровођењу аграрне реформе. Државне власти, вођене најчешће политичким мотивима, лавирале су између настојања да, с једне стране, заштите интересе великих поседника, односно, с друге, да додељивањем земље умире аграрне интересенте и предупреде могуће социјалне немире. Резултат таквих настојања испољавао се у уношењу компромисних одредаба у правне прописе који су регулисали спровођење аграрне реформе, као што је, примера ради, било флексибилно утврђивање максимума велепоседничког земљишта, који је, уз много обзира према интересима велепоседника, био различито одређен за поједине крајеве државе. Велепоседници су, стога, нарочито у току провизорног периода, улагали много напора да

[43] Детаљније о томе вид.: П. Николић, *Мађарска и Југославија пред Хашким судом поводом југословенске аграрне реформе*, у збирци: Три расправе из јавног права, Београд 1937, 1 26.

остваре своје интересе и што је могуће више земљишта задрже у свом власништву. У томе су им често од помоћи биле формулације релевантних прописа које су дозвољавале широка тумачења приликом практичне примене. У примеру који смо изложили у раду, велики поседник заснивао је своје захтеве управо на чињеницама да су решења аграрних власти, којима су били „погођени“ његови интереси, била донета на основу подзаконских аката с одређеним роком важења, те да круцијална питања попут вредности експроприсаног земљишта или начина исплате одштете нису била решена одговарајућим законом. Поред тога, у једном од својих обраћања надлежним инстанцама позивао се на злоупотребе са земљиштем које је додељено аграрним интересентима.

Очигледно да је недоследност у спровођењу аграрне реформе, која се очитовала, између осталог, и у недостатним нормативним решењима, била један од разлога који је охрабривао велике поседнике да се упуштају у дугогодишње спорове, па и да, сходно околностима, потраже заштиту међународних институција.

Започета с веома широко постављеним програмом и принципима, у објективно компликованим економским и политичким околностима у држави, које су свакако утицале на њен ток и резултате, аграрна реформа постепено је ублажавана бројним уступцима велепоседницима и одступањима од првобитних начела. Може се закључити да су аграрној реформи у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца недостајале јасно и правовремено утврђене смернице које би биле засноване на брижљиво планираној и свеобухватној аграрној политици, од којих, потом, није требало одступати, без обзира на међусобно супротстављене интересе појединих актера процеса аграрне реформе.

Dr Gordana Drakić

Assistant Professor
University of Novi Sad Faculty of Law

AGRARIAN REFORM IN THE KINGDOM OF SERBS, CROATS AND SLOVENES CASE OF AN ESTATE OWNED BY FOREIGN CITIZEN

Summary

The Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, formed after the World War I, was predominantly an agrarian country. One of the most important

issues in the state was the implementation of agrarian reform. It was a complex state measure with important social, economic and political impact. The implementation of the agrarian reform in the area of Bačka and Banat (located at the territory of nothern Serbia, called Woiwodina) was partialy influenced by foreign policy relations between the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes with neighbouring countries – Hungary and Romania. A considerable factor of those relationship was a possibility for national minorities to opt for citizenship of one of these states.

According to the agrarian laws passed after the commencement of the implementation of agrarian reform (in September 1920) in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes estates owned by foreign national had to be expropriated regardless of the acreage if the owner had not lived in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes after the war and the estate was abandoned or let on lease. Therefore, landowners Hungarians protested against the division of their land in the process of agrarian reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, claiming that it violates the Trianon Treaty.

Based on data from archives from the relevant archival fonds in the Archives of Woiwodina the paper presents an interesting case of expropriation of large estate in the territory of Bačka which was owned by a Hungarian citizen.

Key words: *Agrarian reform. – Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. – Agrarian Laws. – Expropriation of land. – Large estates.*

УДК 342.738; 351.817(497.11); 343.14/.15(497.11)

CERIF: S112, S149

Др Милица Ковачевић*

ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈЕ   УСКЛАЂЕНОСТ СА ПРАКСОМ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

У раду је реч о заштити права на приватност при примени тајног над зора комуникације у кривичном поступку. Бројни случајеви из праксе Европског суда за људска права у вези са чл. 8 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и заштитом права на приватност указују на значај и сложеност овог питања. Ефикасно и експедитивно доказивање најтежих об лика криминалитета може изискивати ограничавање права на приватност, али стандарди који се тичу предвидљивости, ограничавања дискреционих овлашћења и контроле законитости не смеју при томе бити занемарени. У раду су представљени стандарди које је осмислио Европски суд за људска пра ва, те је проучаван степен усклађености српске регулативе с њима. Аутор на лази да је један од кључних проблема необавештавање заинтересованог лица о примени тајног надзора комуникације, с обзиром на то да из овога произлази немогућност остваривања права на жалбу, али и немогућност да се на основу негативних примера из праксе унапреди поступање надлежних.

Кључне речи: *Тајни надзор комуникације.   Приватност.   Европски суд за људска права.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Када се уопштено говори о заштити приватности и коришћењу личних података, углавном постоји консензус о томе да је по-

---

* Ауторка је асистенткиња на Факултету за специјалну едукацију и рехаби литацију Универзитета у Београду, *bucak80@gmail.com*

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду *Развој методологије евидентирања криминалитета као основа ефикасних мера за његово сузбијање и превенцију,* под руководством проф. др Весне Николић Ристановић.

требно да грађани буду упућени у то ко, како и зашто прикупља и обрађује њихове податке или на други начин задире у њихову приватност.[1] Међутим, када је реч о манипулисању личним подацима и ограничавању права на приватност у вези с вођењем кривичног поступка и откривањем припремања кривичних дела, онда се ситуација битно мења, те се чини да су одређена ограничења права на приватност много прихватљивија.[2] Овакво стање ствари је с једне стране разумљиво, с обзиром на то да ефикасно и експедитивно вођење кривичног поступка понекад изискује одређено ограничавање права окривљених лица. Но, с друге стране, не треба губити из вида основну претпоставку на којој целокупни кривични поступак почива претпоставку невиности, која налаже да се лицу чија кривица још није доказана права и слободе ограничавају само уколико је то апсолутно неизбежно, па и тада само у најмањој могућој мери.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06, гарантује заштиту приватне сфере кроз одредбе чл. 40 о неповредивости стана, те одредбе чл. 41 о тајности писама и других средстава општења и чл. 42 о заштити података о личности. Одступања од права на неповредивост приватности су рестриктивно опредељена Уставом РС. Тако је нарушавање тајности писама и других средстава општења могуће само у случају када је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Србије, али и тада само на одређено време и искључиво у складу с одлуком суда (чл. 41, ст. 2). Даље, забрањена је и кажњива употреба личних података изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Србије. Такође, свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности и право на судску заштиту због њихове злоупотребе (чл. 42).[3]

Следствено наведеном, Устав РС гарантује заштиту права на приватност која, могло би се рећи, превазилази заштиту загарантовану Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода – ЕКЉП (Рим, 1950). Наиме, ЕКЉП препознаје већи број правних основа услед којих се грађанима може ограничити право на поштовање приватности. Тако је чл. 8, ст. 2 ЕКЉП предвиђено да јавне власти неће ограничавати ова права, сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу на-

[1] Вид. Слободан Бељански, „Право на приватност“, *Бранич* 1/2000, 9 12.

[2] Вид. Daniel Solove, „‘I’ve Got Nothing to Hide’ and Other Misunderstandings of Privacy“, *San Diego Law Review* 44/2007, 753.

[3] Многим битним питањима у вези са заштитом података о личности на овом месту неће бити посвећена пажња. Вид. Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/08, 104/09 – др. закон, 68/12 – одлука УС и 107/2012.

ционалне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Дакле, уз заштиту безбедности и вођење кривичног поступка ту су и други не тако рестриктивно опредељени основи ограничавања приватности.

С обзиром на то да се право на приватност састоји из више компоненти, те да се најчешће истиче да се у њих убрајају право на породични и приватни живот, дом и преписку,[4] ми се надаље, због обима излагања који би то изискивало, нећемо бавити свим овим аспектима. Ограничићемо се само на приватност кореспонденције, односно на ограничења права на приватност кореспонденције у сврхе вођења кривичног поступка. Ова тема се из дана у дан додатно актуелизује, с обзиром на то да се приватност у савремено доба може угрожавати на перфидније и прикривеније начине но што је то био случај до пре неколико деценија, или чак година.[5]

Но, осврнимо се пре даљих излагања на разлоге због којих сматрамо да је важно да се не минимизира значај права на приватност, иако се то често чини. Тако, Салов (*Salove*), један од најпознатијих теоретичара који се баве правом на приватност, истиче да приватност не смемо доживљавати само као приватно добро, већ као вредност од општег друштвеног значаја. Овакав став образлаже аргументом да се, у случају када се приватности не придаје адекватан значај, олако могу прихватати различита ограничавања приватне сфере зарад јавне безбедности, интереса колектива и других вредности које су природно изнад потреба индивидуе. Свако даље и инвазивније ограничавање приватности је потом једноставно оправдано вишим циљевима. На другој страни, пак, без појединаца који су слободни да буду оно што јесу и да раде оно што желе у својој личној сфери, не би постојао ни друштвени контекст у коме би свако од нас могао да оствари своје потенцијале и амбиције. Салов стога закључује да је опасно управо пропагирање става да онај ко нема шта да крије не треба ни да брине о чувању приватности, јер то води друштву у коме се ограничавају индивидуалност, удруживање појединаца око сличних идеја, те изражавање мишљења које се не слаже са оним што је опште прихваћено.[6] Тако се сужава поље грађанских слобода, а

---

[4] Ursula Kilkelly, *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of article 8 of The European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2001, 10 19.

[5] Вид. Звонимир Ивановић, Божидар Бановић, „Анализа правне регулативе надзора над комуникацијама и пракса Европског суда за људска права“, *Безбедност* 1/2011, 93, 4.

[6] Вид. Daniel Solove, „A Taxonomy of Privacy“, *University of Pennsylvania Law Review* 3/2006, 477 560.

страх од невидљивог контролора креира другачију динамику односа између посматрача и посматраног.[7]

2. НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ ПОСЕБНИХ ДОКАЗНИХ РАДЊИ У СРБИЈИ

Прво треба разјаснити које све облике општења кореспонденција подразумева, при чему на проширење опсега овог појма непрестано утичу нове и све разноврсније технологије. Тако кореспонденција, поред готово заборављених писама на хартији, сходно досадашњој пракси Европског суда за људска права, обухвата и: комуницирање телефаксом; телефонске разговоре; комуницирање пејџером; електронску пошту; податке добијене праћењем личне употребе Интернета; комуницирање путем приватне радио везе; пословну преписку и преписку упућену из пословног седишта; електронске податке прикупљене претресањем адвокатске канцеларије и садржину пакета задржану од стране царинских званичника.[8]

Када је реч о Србији и нарушавању приватности кореспонденције, Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14, предвиђа могућност примене посебне доказне радње тајни надзор комуникације. Законодавац је прецизно определио кривична дела у чијем се процесуирању, а понекад и превенирању, ова посебна доказна радња може користити. Укратко, у питању су дела чије је гоњење у делокругу рада јавног тужилаштва посебне надлежности, те тешко убиство, отмица, напад на уставно уређење и друга тешка кривична дела. Ограничено је и време током којег се тајни надзор може спроводити (три месеца плус још три месеца, а код најтежих кривичних дела када је то нужно и још једном три месеца плус три месеца), као и обавеза уништавања прикупљених података уколико после одређеног времена (шест месеци од дана упознавања са материјалом) не би дошло до њихове употребе с циљем кривичног прогона лица на која су се мере односиле. У питању је комуникација која се обавља путем телефона или других техничких средстава или електронске или друге адресе, те путем писама и других пошиљки (чл. 166 ЗКП).

Све наведено јесте у складу са стандардима које је у својој богатој пракси на тему заштите приватности изнедрио Европски суд

[7] Neil Richards, „The Dangers of Surveillance“, *Harvard Law Review* 7/2013, 1935.

[8] Према: Ivana Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life under The European Convention on Human Rights*, Councile of Europe, Strasbourg 2012, 32.

за људска права – ЕСЉП.[9] Наиме, ЕСЉП је у више пресуда заузео став да неће бити речи о повреди чл. 8 ЕКЉП у случајевима када и поред инвазивног поступања органа задужених за кривични прогон буду испоштовани следећи критеријуми: постојање одговарајућег правног основа; транспарентност аката из којих произлази правни основ, што подразумева и да акти буду тако конципирани да грађани у начелу могу да предвиде када и како ће се према њима применити посебне доказне радње, те ограничавање права на приватност на начин да оно заиста служи одређеном легитимном циљу који приличи демократском и на владавини права заснованом систему.[10] Но, ову начелну тврдњу о усклађености нашег права са изнетим стандардима треба проверити кроз разматрање појединих аспеката права на приватност у кривичном поступку.

3. ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈЕ И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Пођимо од тога да ЕСЉП кроз своју праксу сугерише да одредбе о примени посебних доказних радњи морају бити прецизне и тако формулисане да остављају сужене могућности за арбитрарно одлучивање надлежних.[11] ЕСЉП је тако у случају *Malone против Уједињеног краљевства*[12] утврдио да су примењени недовољно прецизни прописи о пресретању и бележењу информација о телефонским комуникацијама. Наиме, подносилац представке, иначе трговац старинама, био је осумњичен да је прикривао илегално прибављену робу, па су у сврхе прикупљања доказа на ту околност пресретани његови телефонски разговори са већим бројем лица, а исто тако је и систематски бележена активност у телефонском саобраћају на његовој линији. ЕСЉП је утврдио да су уредбе и други прописи на основу којих је поступало предузеће за телефонски саобраћај, били недовољно јасни и прецизни, те да су остављали исувише широк простор за дискреционо одлучивање о томе када, у којој мери и на који начин ће се нарушавати тајност телефонских комуникација.

Када је реч о прецизности регулативе која уређује тајни надзор комуникација у Србији, можемо приметити да је током последњих

9 Вид. Nick Taylor, „State Surveillance and the Right to Privacy“, *Surveillance and Society* 1/2002, 68.

10 Вид. Lambert против Француске, представка бр. 88/1997/872/1084, пресуда од 24. августа 1998, § 23.

11 Вид. Amann против Швајцарске, представка бр. 27798/95, пресуда од 16. фебруара 2000, § 58 и Huvig против Француске, представка бр. 11105/84, пресуда од 24. априла 1990, § 34.

12 Malone против Уједињеног краљевства, представка бр. 8691/79, пресуда од 2. августа 1984, § 66 82.

година дошло до мењања и допуњавања закона који уређују телефонско и електронско комуницирање. Тиме је досегнут виши ниво усклађености наше регулативе са стандардима ЕСЉП. У том смислу су посебно значајне одлуке Уставног суда, као на пример одлука ІУЗ-149/2008, од 28. маја 2009, којом су неуставним оглашене одредбе Закона о телекомуникацијама, *Службени гласник РС*, бр. 44/03, 36/06, 50/09 одлука УС и 44/2010 др. закон, у вези с приступом подацима о фреквенцији и усмерености телефонских разговора без судске одлуке. Такође, Уставни суд је својом одлуком ІУЗ-1245/2010 од 13. јуна 2013. огласио неуставним одредбе Закона о електронским комуникацијама, *Службени гласник РС*, бр. 4/10, 60/13 одлука УС и 62/2014, које су омогућавале да се тајност електронских комуникација нарушава на основу уопштене законске формулације која је установљавала обавезу оператера да податке о електронским комуникацијама доставља у складу са законима којима се уређује кривични поступак, рад служби безбедности и рад органа унутрашњих послова. Уставни суд је утврдио да је оваква формулација неуставна, с обзиром на то да се додатна ограничења људских права не могу формулисати одредбама закона, већ да су она искључиво дата одредбама Устава. Прописи нижег ранга могу једино детаљније определити како се врши имплементација тих ограничења, без проширивања њиховог каталога.

Даље, Уставни суд је огласио неуставним и одредбе Закона о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној служби, *Службени гласник РС,* бр. 8/09, 55/12 одлука УС и 17/2013, у делу којим се дозвољавало директору Војнобезбедносне агенције да врши увид у податке о телекомуникационом саобраћају и локацији корисника, али без увида у садржај тих комуникација. Уставни суд је утврдио да су тиме директору дата претерана овлашћења, да је ограничавање приватности могућно само на основу образложене одлуке суда, те да се у том смислу тајност кореспонденције не може ограничавати на њен садржај, јер су и учесталост, усмереност и остале околности комуницирања такође поверљивог карактера.[13]

Коначно, у контексту о коме говоримо, вероватно најзначајније и најобимније су измене Закона о Безбедносно-информативној агенцији, *Службени гласник РС,* бр. 42/02, 111/09, 65/14 одлука УС и 66/2014. Наиме, Уставни суд је у својој одлуци ІУЗ-252/2002, од 26. децембра 2013, констатовао да су неуставне одредбе чл. 13, 14 и 15 овог закона које се односе на мере одступања од тајности писама и других средстава комуницирања. Како је Уставни суд утврдио да су те одредбе биле претерано уопштеног карактера и да су дозвољавале шире основе за ограничавање права на приватност но што је то предвиђено највишим правним актом у држави, то је не-

[13] Одлука Уставног суда ІУЗ 1218/2010 од 19. априла 2012.

миновно морало доћи до њиховог прецизирања. Уставни суд наводи да „да би се један општи акт сматрао законом не само у формалном, него и у садржинском смислу, тај закон мора бити у довољној мери прецизан, јасан и предвидљив, тако да појединац може ускладити своје понашање са њим без страха да ће због нејасних и непрецизних норми бити ускраћен у остваривању зајемчених права...“. Зато су изменама и допунама сада прецизно опредељене мере које се могу примењивати, као и круг лица на која се мере могу односити, те процедура која се при том примењује. С друге стране, морамо нагласити да је, пошто му је достављен нацрт измена и допуна, Заштитник грађана истакао одређене веома конструктивне опаске, чије је инкорпорирање у текст закона могло довести до значајно вишег нивоа гаранција за поштовање права на приватност. Наиме, Заштитник грађана је уочио да је добродошло решење да се директор агенције може жалити на решење којим се одбија примена посебних мера, али да би исто тако пожељно било и остављање могућности жалбе у корист лица чија се права ограничавају применом посебних мера. Права овог лица су, по мишљењу Заштитника грађана, могла бити заштићена путем „адвоката по службеној дужности“ који би могао поступати и без информисања датог лица, тако да тајност посебних мера буде очувана.[14]

Одлуке Уставног суда су резултирале и одређеним изменама и допунама ЗКП. Наиме, пре последњих измена и допуна ЗКП полиција је била овлашћена да по налогу јавног тужиоца од оператера прибавља податке из евиденције о оствареној телефонској комуникацији, коришћењу базних станица или да изврши лоцирање места са кога се обавља комуникација. Како више није спорно да су и те спољашње, назовимо их тако, одлике телефонске комуникације обухваћене привилегијом тајности,[15] то је сада прецизирано да о овим мерама не одлучује јавни тужилац, већ судија за претходни поступак, а по налогу јавног тужиоца.

Даље, када је реч о стандарду у вези с прецизношћу одредаба, ЗКП омогућава примену посебних доказних радњи у свим случајевима у којима постоје основи сумње да је извршено неко од таксативно побројаних дела, уколико се на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано (чл. 161, ст. 2 ЗКП). Сматрамо да је ова одредба ипак превише уопштена, иако несумњиво стоји аргумент да је судија за претходни поступак тај који ће проценити основаност захтева јавног тужиоца у сваком конкретном случају. У том смислу је и посебно наглашено да ће орган поступка посебно ценити да ли би се

---

[14] Заштитник грађана, Мишљење о Нацрту Закона о изменама и допунама Закона о Безбедносно информативној агенцији, бр. 45 479/2014 од 23. јуна 2014.

[15] Вид. Malone против Уједињеног Краљевства, § 83 88.

исти резултат могао постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана. Но, формулација из чл. 161, ст. 2 ЗКП ипак не осликава неке веома специфичне и изузетне околности, што можемо констатовати и поређењем са законским решењима из нашег окружења. Тако црногорски Законик о кривичном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 57/09, условљава примену посебних доказних радњи постојањем несразмерног ризика или потенцијалним угрожавањем живота људи, што, уз немогућност прикупљања доказа на други начин, може бити једини правни основ за примену „мјера тајног надзора" (чл. 157). Несразмерне тешкоће и велика опасност се у нашем ЗКП-у спомињу као основ за примену посебних доказних радњи само у случајевима када се овим путем настоји доказати припремање кривичних дела. Нема сумње да не треба полазити од претпоставке да има основа за примену посебних доказних радњи, већ управо обратно, па би то и законске формулације требало да осликавају. На уму треба имати то да право на приватност у начелу штитити сваки облик личне кореспонденције, без обзира што је предмет конверзације можда и каква нелегална активност.[16]

На захтев ЕСЉП да одредбе о спровођењу тајних доказних радњи буду прецизне надовезује се и захтев да оне буду предвидљиве. Дакле, регулатива мора бити тако конципирана да грађанин с одређеним степеном сигурности може предвидети да ће, у случају његовог понашања на одређени начин, радњама надлежних можда бити нарушена његова приватност. Грађанин би такође требало да има и представу о могућим размерама нарушавања приватности. Разуме се да се не може очекивати да грађанин све ово предвиђа са потпуном извесношћу, јер би онда и примена мера тајног надзора била обесмишљена, али прописи би требало да логичким путем наводе на одређене закључке. У вези с наведеним у случају *Huvig против Француске*[17] је утврђена повреда права на приватност услед недовољне предвидљивости и одређености прописа којима је било уређено предузимање посебних доказних радњи, конкретно телефонског прислушкивања. Наиме, супружници, подносиоци представке, били су осумњичени за кривично дело пореске утаје у вези са својим приватним бизнисом, па је истражни судија наложио опсежно прислушкивање и транскриборање свих њихових како службених, тако и приватних разговора, у току једног дана. Иако супружници нису осуђени на основу овако спроведених доказних радњи, ЕСЉП је утврдио да у овом случају нису били испоштовани стандарди у вези са прецизношћу и предвидљивошћу.

[16] Вид. Жарко Синђелић, *Право на приватност кривичноправни, кривично процесни и криминалистички аспекти,* Докторска дисертација одбрањена на Прав ном факултету у Београду, Београд 2012, 13.

[17] Huvig против Француске, представка бр. 11105/84, пресуда од 24. априла 1990.

Када је реч о српском праву, можемо констатовати да је критеријум предвидљивости углавном задовољен, утолико што су опредељена кривична дела и околности под којима се тајни надзор примењује, као и трајање и продужавање трајања мера. Проблематични су били прописи на основу којих се приступало самој имплементацији посебних доказних радњи, дакле прописи попут Закона о електронским комуникацијама и Закона о телекомуникацијама, али је и у том делу дошло до усклађивања са стандардима ЕСЉП.

Међутим, наш законодавац предвиђа могућност да се тајни надзор комуникације примени и у неким случајевима у којима се не могу применити друге посебне доказне радње, чиме се значајно утиче на степен предвидљивости при нарушавању приватности. Тако се тајни надзор комуникације, осим код друштвено најопаснијих облика криминалитета, може применити и код неовлашћеног искоришћавања ауторског дела или предмета сродног права, као и код већег броја кривичних дела из групе кривичних дела против безбедности рачунарских података. Јасно је да тајни надзор може бити посебно делотворан управо при доказивању наведених кривичних дела, али олакшавање задатка органа прогона не би смело бити најважнији аргумент при опредељивању за ограничавање права на приватност. Не треба губити из вида да се посебне доказне радње ипак примењују само на бази постојања основа сумње, те да стога треба максимално сузбити сувишно задирање у приватност све већег броја корисника савремених технологија, односно свести га тек на случајеве у којима се штите вредности од највишег друштвеног значаја, као што су то људски живот и безбедност државе. С тим у вези, ЕСЉП је у случају *Iordachi и други против Молдавије* истакао да критеријум прецизности није задовољен у случају када се пресретање телефонских разговора може применити у случају сумње на више од половине инкриминација из кривичног законика.[18]

Даље, у једном систему који тежи демократији и владавини права, примени посебних доказних радњи начелно не би требало прибегавати у превентивне сврхе. ЕКЉП истини за вољу не забрањује нарушавање права на приватност у превентивне сврхе,[19] али када је реч о нарушавању приватности у вези с кривичним прогоном мишљења смо да би то ипак требало избегавати. Наиме, целокупни кривичноправни систем почива, или би бар тако требало да буде, на начелу ангажовања кривичноправног система као *ultima ratio*,[20] дакле тек онда када више нема других примеренијих мето-

18 Представка бр. 25198/02, пресуда од 14. септембра 2009, § 44.

19 „Јавне власти неће се мешати у вршење права на приватност сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву....ради спречавања нереда или криминала...“ чл. 8. ст. 2 ЕКЉП.

20 Вид. Зоран Стојановић, „Да ли је Србији потребна реформа кривичног законодавства?“, *Crimen* 2/2012, 133.

да реаговања. Стога не би требало примењивати инвазивне мере с циљем да се тако непосредно спречава вршење будућих кривичних дела, при чему би се државним органима препуштало да, са мањом или већом успешношћу, предвиђају будуће догађаје и уочавају сумњиве грађане. Не треба губити из вида ни то да се за припремне радње у кривичном праву само изузетно кажњава, те да је дискутабилно када је то кажњавање оправдано.[21] Као илустративан пример овде можемо навести случај *Аmann против Швајцарске*. Наиме, у овом случају је швајцарска обавештајна служба по налогу јавног тужиоца пресрела телефонски разговор вођен између Амана и лица запосленог у тадашњој совјетској амбасади. Подносилац представке, иначе предузетник, разговарао је са свог службеног телефона, а лице из амбасаде се распитивало о појединим артиклима за продају. У вези с пресретнутим разговором сачињена је и чувана тајна службена белешка, што је подносилац представке сазнао тек десет година касније. Држава се позвала на то да су у питању били обавештајни послови од општег интереса, а да је разговор случајно пресретнут у склопу праћења свих разговора у вези са Совјетским Савезом. ЕСЉП је оценио да пресретање разговора није било законито, с обзиром на то да се заснивало на широким дискреционим овлашћењима извршне власти, те да никада није покренут никакав поступак.

Наш ЗКП такође оставља могућност примене посебних доказних радњи у превентивне сврхе, с тим што је наглашено да се тада ове мере могу примењивати само изузетно, и уколико се на други начин дело не би могло спречити, открити или доказати, те уколико би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност (чл. 161, ст. 2). Но, у оваквим случајевима ситуацију у погледу заштите права на приватност посебно компликује то што наш законодавац није предвидео обавезу надлежних да лица чија је приватност била повређена накнадно о томе обавесте.

Следеће ограничење које би требало поштовати ради што боље заштите приватности јесте примењивање тајног надзора комуникације према тачно одређеном лицу и према одређеним средствима комуницирања. Наиме, једино уколико се зна у односу на које лице и из којих разлога се примењују посебне доказне радње, може бити речи о ограничавању арбитрарног поступања надлежних органа. Што се тиче ових захтева, полазно решење у нашем ЗКП јесте задовољавајуће. Међутим, треба приметити да је оперативним органима који спроводе тајни надзор, дакле полицији, Безбедносно-информативној агенцији или Војнообавештајној агенцији, остављена могућност да прошире примену мера, уз обавештавање надлежних. Тако је предвиђено да ће наведени органи, ако у току спровођења

[21] Вид. Зоран Стојановић, *Кривично право, општи део,* Правна књига, Бео град 2005, 199.

надзора комуникације дође до сазнања да осумњичени користи други телефонски број или адресу, проширити надзор комуникације и на тај телефонски број или адресу и о томе обавестити јавног тужиоца који ће одмах затражити проширење надзора и на те бројеве и адресе. О проширењу одлучује судија за претходни поступак у року од 48 сати од пријема захтева. И поред тога што ће се у случају одбијања судије да прошири меру и на друга средства комуникације уништити раније прибављени материјал, неспорно је да је и тада ипак дошло до нарушавања приватности и да до повратка на претходно стање ствари заправо не може доћи. Овај и слични проблеми могли би бити решени увођењем одговарајућих информатичких решења, те организовањем целодневних наменских дежурстава, чиме би се поједноставио и убрзао процес судске контроле.[22]

ЕСЉП свакако не гледа благонаклоно на неселективно проширивање круга лица чија приватност може бити повређена путем спровођења посебних доказних радњи. Тако је у предмету *Kruslin против Француске*[23] ЕСЉП пресудио да јесте дошло до повреде права на приватност када су докази против подносиоца представке прибављени путем реализовања наредбе о прислушкивању телефона трећег лица у вези с кривичним делом за које се то треће лице сумњичило. Но, у нашем правном систему није спорно да се може користити материјал који је настао путем случајног налаза. Иако се на овај начин знатно олакшава рад надлежних, јасно је да се истовремено у питање доводе све оне процесне гаранције које штите окривљеног. Не треба губити из вида да кључни докази ипак треба да се изводе на главном претресу, како би њихову законитост и окривљени могао да доведе у питање. Како таквих могућности при спровођењу посебних доказних радњи нема, то се изузетно значајна заштита права осумњиченог омогућава управо кроз доношење наредбе од стране судије за претходни поступак. Стога би накнадно одобравање раније предузетих радњи требало да буде изузетак. Српска регулатива оставља широке могућности за коришћење резултата случајног налаза. Тако је чл. 164 ЗКП-а предвиђено да се може користити материјал који је прибављен спровођењем једне наредбе о посебним доказним радњама која се односи на конкретна кривична дела и онда када се тај материјал односи на нека друга, том наредбом необухваћена, кривична дела или учиниоце. Законодавац је једино назначио да и та новооткривена кривична дела треба да спадају у ранг оних дела за која је иначе дозвољена приме-

[22] Вид. Центар за евроатлантске студије, План за унапређење стања систе ма безбедности у Србији са посебним освртом на заштиту Уставом загарантованих основних људских права: права на приватност и заштиту података. *http://ceas serbia. org/root/images/extreme makeover.compressed.pdf*, 29. октобар 2014.

[23] Представка бр. 11801/85, пресуда од 24. априла 1990.

на посебних доказних радњи. Ово решење није потпуно усклађено са стандардима ЕСЉП, с обзиром на то да специфичне и инвазивне доказне радње не би требало користити само зато што је то практичније.[24] Да нарушавање приватности комуникације може бити примењивано само под крајње рестриктивним условима потврђује и случај *Matheron против Француске.*[25] Овде је ЕСЉП оценио да је повређен чл. 8 ЕКЉП када су у кривичној ствари у вези с дрогом против подносиоца представке коришћени докази до којих се дошло спровођењем наредбе о пресретању телефонских разговора која се односила на друго окривљено лице.

Још један стандард који је потврђен у пракси ЕСЉП јесте да грађанима мора бити омогућено да пред одговарајућом инстанцом оспоре законитост примењивања посебне доказне радње. У случају *Lambert против Француске* подносиоцу представке је онемогућено да се жали на одлуку о прислушкивању, с образложењем да је пресретнути разговор обављен преко телефонске линије трећег лица. ЕСЉП је утврдио да тај моменат не сме утицати на могућност оспоравања одлуке којом се ограничавају људска права и пресудио је у корист подносиоца представке. ЕСЉП је истакао да није нужно да искључиво суд одлучује о законитости ограничавања приватности, али да јесте неопходно да у држави постоји одговарајућа независна инстанца која ће разматрати жалбе.[26] По српском ЗКП-у посебне доказне радње се одређују наредбом и самим тим не постоји могућност непосредног оспоравања жалбом, што наравно не значи да окривљени нема могућност да током првостепеног и жалбеног поступка оспорава законитост посебних доказних радњи. Такође, ЗКП предвиђа да се у кривичном поступку не смеју користити докази који су прибављени на недозвољен начин (чл. 16, ст. 1). ЕСЉП у начелу препоручује да одлуку о посебним доказним радњама доноси суд, што у нашем законодавству и јесте случај. Но, већи проблем реално представља могућност контролисања инстанци које имплементирају посебне доказне радње. Ове инстанце располажу одговарајућим техничким средствима, а имају и специфичне методе рада, тако да се поставља питање колико суд заправо може да их контролише. Ово је питање код нас посебно актуелно због тога што законодавац не предвиђа обавезу јавног тужиоца, суда, полиције или обавештајне службе да по окончању примене посебних доказних радњи о истима обавесте лице чија је комуникација била предмет посматрања. Свака-

[24] Вид. Татјана Лукић, „Информације (обавештења) служби безбедности као доказ у кривичном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2001, 306 7.

[25] Представка бр. 57752/00, пресуда од 29. марта 2005.

[26] Вид. Klass и други против Немачке, представка бр. 5029/71, пресуда од 6. септембра 1978, § 67.

ко, треба напоменути и да у Србији надзор над радом обавештајних агенција спроводи надлежни одбор Народне скупштине РС (Одбор за контролу служби безбедности),[27] што би требало да омогући одговарајућу транспарентност и законитост рада.[28]

На остваривање права на приватност у контексту којим се бавимо од пресудног утицаја је право на обавештавање заинтересованог лица по окончању примењивања посебних доказних радњи. Значајан проблем могу да представљају управо ситуације када се примењује тајни надзор комуникације, а потом никада ни не дође до покретања кривичног поступка. Наш законодавац је предвидео да, уколико у року од шест месеци, јавни тужилац не искористи материјал, односно не покрене кривични поступак, тада судија за претходни поступак доноси решење о уништењу материјала прикупљеног посебним доказним радњама. О доношењу решења судија за претходни поступак може обавестити лице према коме је спроведен тајни надзор комуникације, ако је у току спровођења радње утврђена његова истоветност и ако то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка, сходно чл. 163, ст. 2 ЗКП. Дакле, у питању је само могућност, не и обавеза. Сматрамо да оваква формулација оставља велику неизвесност у погледу тога да ли ће се уопште ико обавештавати о тајном надзору. То не може бити добро решење, јер се тиме ограничава и право грађана на правни лек. Уколико до кривичног поступка у коме би се вредновао целокупан доказни материјал на крају ни не дође, грађанин никада неће ни знати да је био предмет посматрања. Наведено решење је у директној супротности с Препоруком Савета Европе R (87) 15 о употреби личних података од стране полицијског сектора, од 17. септембра 1987, која предвиђа да грађани треба да буду обавештени о томе да су прикупљени њихови лични подаци, почев од оног момента када такво обавештење буде могућно. У случају *Klass и други против Немачке* ЕСЉП је, пре више од три деценије, заузео став да је обавештавање о примени тајног надзора нераскидиво повезано с остваривањем права на правни лек и контролисањем законитости поступања извршне власти.[29] Истини за вољу, ни на нивоу Европе нема сагласности по питању обавештавања, па тек у неким државама, попут Немачке, постоји обавеза информисања. У случају *Асоцијација за европске интеграције и Ekimdzhiev против Бугарске*,[30]

---

[27] Вид. Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 116/07 и 72/12.

[28] О проблемима у вези с овим обликом контроле детаљније у: Ненад Радивојевић, „Парламентарна контрола Безбедносно информативне агенције са аспекта безбедносне културе–стање и проблеми“, *Зборник радова Правног факул тета у Новом Саду* 3/2013, 485 492.

[29] Klass и други против Немачке, § 57.

[30] Представка бр. 62540/00, пресуда од 28. јуна 2007, § 91.

ЕСЉП је такође начелно препоручио да се грађани обавесте о примени посебних доказних радњи, истакавши да се тиме остварују додатне гаранције да до нарушавања приватности неће доћи у неоправданим случајевима.

Уколико се осврнемо на прилике у нашем окружењу уочићемо да је у црногорском Законику о кривичном поступку питање накнадног обавештавања о нарушавању приватности битно другачије решено, с обзиром на то да је обавештавање о примени мера тајног надзора, у случају када се кривични поступак не спроводи, правило. Остављена је могућност да се то обавештење искључи, али само у случајевима када би упућивање у материјал могло да представља озбиљну опасност по живот и здравље људи или би угрозило другу истрагу која је у току, или пак постоје други битни разлози (чл. 162). О неупућивању у прикупљени материјал одлучује судија за истрагу, по прибављеном мишљењу државног тужиоца.

4. ЗАКЉУЧАК

Уколико сагледавамо усклађеност посебних доказних радњи, конкретније тајног надзора комуникације, у нашем правном поретку са европским стандардима, начелно можемо рећи да је ситуација задовољавајућа. Наиме, одредбе ЗКП и других прописа довољно су прецизне, на рестриктиван начин дефинишу основе за ограничавање права на приватност, а једина инстанца овлашћена да одлучује о оправданости примене посебних доказних радњи јесте суд. Измене и допуне закона које су наступиле током последњих година, и то углавном под утицајем одлука Уставног суда, доприносе још већој усаглашености наше регулативе са начелима за која се залаже ЕСЉП. Но, прилике изгледају готово идеално само уколико се ствари посматрају на површан начин.

На другој страни, пак, и даље не можемо говорити о одговарајућој транспарентности и задовољавајућој спољној контроли при примењивању посебних доказних радњи.

Прво, постоје значајни технички и организациони проблеми услед којих постоји велики раскорак у могућностима оних који су задужени за имплементацију мера тајног надзора комуникације и оних који су овлашћени да примену тих мера одређују и надзиру. Побољшању прилика на овом пољу могло би допринети даље усаглашавање регулативе с европским и интернационалним стандардима, инсистирање на увођењу и доследном примењивању одговарајућих процедура, али и оснаживање надзорних институција у технолошком смислу.

Потом, законитост и оправданост нарушавања приватности доводи у питање и чињеница да не постоји обавеза обавештавања лица чија је лична кореспонденција била предмет посматрања почев од оног момента када се обавештавању може приступити без угрожавања сврха ради којих је посматрање примењено. Из овог проблема природно произлази и следећи, а то је немогућност коришћења права жалбе, односно преиспитивања законитости и целисходности одлуке на бази које је повређена приватност једног лица. Дакле, уколико до кривичног поступка никада не дође, готово је извесно да се ништа неће ни сазнати о свим оним ситуацијама када је, како то само по себи произлази, неоправдано повређена приватност једног лица. Налазимо да такво поступање негативно утиче на будуће случајеве тајног надзора комуникације, јер се не развијају механизми за критичко и објективно разликовање непотребног од потребног примењивања посебних доказних радњи, чему би и те како допринело учешће лица о чијој приватности је реч у целој процедури.

Имајући на уму наведено, мишљења смо да би, уз одговарајуће изузетке, требало увести обавезно обавештавање о тајном надзору комуникације, пошто се донесе одлука да кривичном прогону нема места и почев од момента када обавештење не доводи у питање друге кривичне поступке или спречавање одређених кривичних дела. Сматрамо да се за необавештавање у суштини не могу наћи довољно чврсти и оправдани разлози. Штавише, необавештавање се тешко може аргументовати и самим позивањем на најзначајније вредности као што су очување државних и националних интереса, јер ове интересе управо треба штитити уз поштовање тековина владавине права.

Dr Milica Kovačević

Lecturer
Faculty of Special Education and Rehabilitation, University of Belgrade

COVERT SURVEILLANCE OF COMMUNICATIONS COMPLIANCE WITH THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The paper deals with the protection of privacy rights in the connection with the application of special investigative actions in criminal proceedings. An increasing number of cases of the European Court of Human

Rights in relation to Article 8 and the protection of privacy rights points out to the importance and complexity of this issue. On the one hand, public authorities should provide mechanisms and resources for effective and expeditious prosecution of the most serious forms of crime, but on the other hand, standards related to predictability, limited discretionary powers and control over the legality of the procedure should not be ignored either. This raises the question of how to achieve a balance between these competing interests. This paper presents the standards created by the European Court of Human Rights when dealing with privacy issues in connection with criminal proceedings, and reflects at the the degree of compliance of Serbian legislation with them. The author concludes that the key problem is the nonexistence of notification for the interested person, given that it implies the inability to exercise the right to appeal, and also the inability to put examples of bad practice to good use.

Key words: *Covert surveillance of communications. – Privacy. – The European Court of Human Rights.*

УДК 347.823.3:347.466

CERIF: S130

Светислав Јанковић, мастер*

ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ВАЗДУХОПЛОВУ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЗАКОНСКО ЗАЛОЖНО ПРАВО

У чланку се разматрају три могуће врсте заложног права на ваздухоплову. Посебна пажња се обраћа на законско заложно право и на однос с уговорним и судским заложним правом. Због специфичности ваздухоплова као (не)покретне ствари која се нарочито уочава код стицања стварних права, на одговарајућим местима у раду ваздухоплов се пореди с бродом као врло сродном ствари у овим питањима. Значај заложних права на ваздухоплову долази посебно до изражаја доношењем српског Закона о ваздушном превозу 2011. године и Кејптаунске конвенције 2001. године. Уочава се међусобна супротстављеност интереса ималаца различитих врста заложног права на ваздухоплову. У том смислу, аутор, анализирајући правила различитих извора права, покушава да пружи решења за складан поредак намирења ових заложних права на истом ваздухоплову.

Кључне речи: *Привилегије и хипотеке на ваздухоплову. Закон о ваздушном превозу. Кејптаунска конвенција. Редослед намирења заложних права.*

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА НА ВАЗДУХОПЛОВУ

Вредност потраживања директно условљава и вредност предмета заложног права у том смислу да предмет заложног права буде, по правилу, веће вредности у односу на потраживање које обезбеђује.[1]

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *jankovic@ius.bg.ac.rs*.

[1] Управо то указује на акцесорност (зависност) као особину заложног права према коме заложно право као споредно прати облигационо право као главно. При том, може га ваљано пратити само ако вредношћу предмета заложног права премашује вредност обезбеђеног потраживања. Више о особини акцесорности за

С обзиром на то да су ваздухоплови, у принципу, ствари велике вредности, то пружа могућност да се они широко користе не само за основну сврху којој служе (превоз), него и као средство обезбеђења потраживања. При том, зависно од правне природе потраживања, разликују се и врсте заложног права на ваздухоплову. Постоје уговорно, законско и судско заложно право на ваздухоплову.

Подела заложног права на ваздухоплову на уговорно, законско и судско је изведена према критеријуму настанка овог права, зависно од тога да ли се правни основ настанка заложног права налази у уговору, закону или судској одлуци. Док код уговорног заложног права постоји добровољност у настанку на страни обе заинтересоване стране у заложном односу, дотле код остала два заложна права такве добровољности нема. Код законског заложног права, практично се ниједна од заинтересованих страна „не пита" да ли ће заложно право настати (оно настаје по аутоматизму када настану чињенице законом предвиђене). Нешто другачије је код судског заложног права које се установљава на предлог повериоца и најчешће противно дужниковој вољи.

За разлику од општег правног режима заложног права који се односи на све врсте ствари, заложно право на ваздухоплову представља посебан режим. Посебност овог правног режима огледа се не само у ограничавању на једну врсту предмета заложног права, него и у томе што се налази у неколико правних извора које је неопходно правилним тумачењем сазнати и сврстати у систем.[2]

ложног права вид. Никола Гавела, Татјана Јосиповић, Игор Глиха, Владо Белај, Златан Стипковић, *Стварно право*, свезак други, Народне новине дд, Загреб 2007, 135; Милош Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретностима*, Прав ни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 55. и даље; Jan Wilhelm, *Sachenrecht*, De Gruyter Handbuch, Berlin 2010, 743; Kurt Schellhammer, *Sachenrecht nach Ansprungsgrundlagen: samt Wohnungseingetums und Grundbuchrecht*, 3. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Recht in der Praxis, Heidelberg 2009, 588.

[2] Следећи домаћи правни извори се примењују на заложно право на ваздухо плову: Закон о основама својинскоправних односа ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, *Службени гласник РС, бр.* 115/05 др. закон, Закон о облигационим и основама својинско правних односа у ваздуш ном саобраћају Закон о ваздушном превозу, *Службени гласник РС*, бр. 87/11, За кон о поморској и унутрашњој пловидби ЗПУП, *Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 44/99, 74/99, 73/2000, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 101/05 и др. закон, Закон о извршењу и обезбеђењу ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11, 109/13 одлука УС и 55/2014. Од страних правних извора нарочито су значајни Женев ска конвенција о међународном признању права на ваздухопловима из 1948. године Женевска конвенција (енг. *Convention on the International Recognition of Rights in Aircrafts*) и Кејптаунска конвенција о међународним *интересима* на покретној опре ми (енг. *Convention on the International Interests in Mobile Equipment*) с Протоколом о питањима особеним за опрему ваздухоплова (енг. *Protocol to the Convention on the International Interests in Mobile Equipment on Matters specific for Aircraft Equipment*) Кејптаунска конвенција.

2. ПОЈАМ ВАЗДУХОПЛОВА

Да би се правилно схватило заложно право на ваздухоплову неопходно је претходно одредити појам ваздухоплова као предмета овог права. Ваздухоплов је свака направа која може да се креће или одржава у ваздуху.[3] Извор кретања ваздухоплова представља реакција ваздуха до које долази услед ослобађања снаге из ваздухоплова.[4] При том, реакција ваздуха мора долазити из атмосфере, али не и од површине земље, чиме се из појма ваздухоплова искључују лебделице (енг. *hovercraft*). Под ваздухопловом се, у наведеном смислу, не сматрају ни сателити, ракете, те разне врсте балона и параглајдера. С друге стране, под појам ваздухоплова се сврставају разне врсте хеликоптера.[5]

Ваздухоплов је, по природи ствари, телесна покретна ствар. Међутим, за потребе правног промета и стицања права на њему, ваздухоплов се сматра непокретношћу.[6] Дакле, док се стварна права на класичним покретним стварима стичу неформалним путем (простом предајом), дотле се она на ваздухоплову стичу формалним путем (уписом у регистар ваздухоплова). У том смислу је неопходно да се од стране државне институције води Регистар у који ће се уписивати све чињенице од значаја за стварноправни положај ваздухоплова.[7] Регистар ваздухоплова је неопходно средство како би се одредила припадност и меродавно право за ваздухоплов. С обзиром на то да је по својој природи покретна ствар, у одсуству постојања регистра и, сходно томе, националне припадности ваздухоплова, могло би да дође до правне неизвесности које *право* би требало да се примени на стварноправне односе поводом ваздухоплова.[8]

---

[3] Богољуб Филиповић, *Однос Ваздухопловног права СФРЈ и Међународног ваздухопловног права*, Савез удружења правника Југославија, Београд 1979, 51.

[4] Чикашка конвенција о међународном цивилном ваздухопловству Чикаш ка конвенција (енг. *Chicago Convention on International Civil Aviation*), Анекс 7; Закон о ваздушном саобраћају, *Службени гласник РС*, бр. 73/10, чл. 3, ст. 1, тач. 2.

[5] Christopher N. Schawcross, Peter Martin, *Air Law*, Butterworth, London 2006, Chapter 16, 1; Nebojša Jovanović, *Transport Law of Serbia & Montenegro*, Kluwer Law International, Hague 2005, 347; Isabella Henrietta Philepina Diederiks Verschoor, *An Introduction to Air Law*, forth revised edition, Kluwer Law, Boston 1991, 163.

[6] Закон о ваздушном превозу, чл. 129; Jan Piet Honig, *The Legal Status of Aircraft*, Martinus Nijhoff, Hague 1956, 58.

[7] У Републици Србији то је Директорат цивилног ваздухопловства. Више података доступно на адреси: *http://www.cad.gov.rs/vazduhoplovi.php*, 20. август 2014.

[8] Премда се и непокретности (с којима су ваздухоплови уподобљени), такође, „уписују" у регистар, с њима овај проблем одређивања права не постоји, јер се на њих примењује увек право места њиховог налажења (лат. *lex rei sitae*). Оне, по својој природи, не могу мењати место свога налажења, што је, иначе, својствено за ваздухоплове.

У Регистар ваздухоплова уписују се правно релевантне чињенице за све врсте ваздухоплова. Ваздухоплови се према критеријуму припадности и намене разврставају на цивилне и државне. У државне ваздухоплове се сврставају војни, полицијски, царински и други ваздухоплови који се не користе у привредне или личне сврхе. Иако се уписују у Регистар ваздухоплова, државни ваздухоплови не могу да буду предмет стварноправних оптерећења као што то могу да буду цивилни ваздухоплови.[9]

3. УГОВОРНО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ВАЗДУХОПЛОВУ

3.1. Увод

Ваздухоплови, с обзиром на техничку сложеност, имају велику вредност, тј. високу цену. Чињеница да је превозиоцима потребно више ваздухоплова у флоти указује на отежан положај привредних субјеката приликом њиховог набављања. Зато се, најчешће, ваздухоплови купују на кредит који је, због вредности износа кредита, обезбеђен уговорним заложним правом на ваздухоплову (даље у тексту: хипотека на ваздухоплову) у корист даваоца кредита. На тај начин хипотека на ваздухоплову постаје неизоставни правни инструмент приликом набавке ваздухоплова. Развојем тржишта и сукобљеношћу с другим правним институтима (попут законског заложног права) уочило се да би положај хипотекарног повериоца требало да буде заштићенији. У ту сврху је и донета конвенција у Кејп Тауну 2001. године која се односи на међународну недржавинску залогу покретних ствари, а која својим посебним протоколом правно уређује залагање ваздухоплова.[10]

3.2. Хипотека на ваздухоплову

Хипотека на ваздухоплову представља право њеног имаоца да своје доспело ненамирено потраживање намири из новчане вредно-

[9] Више о томе вид. Небојша Јовановић, „Међународна недржавинска залога покретности делова ваздухоплова“, *Зборник радова у спомен професора Миодрага Трајковића* (ур. Мирко Васиљевић), Удружење правника у привреди СЦГ и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 294.

[10] Више о настанку Кејптаунске конвенције вид. Roy Goode, „From Acorn to Oac Three: the Development of Cape Town Convention and Protocols“, *Uniform Law Review*, бр. 4/2012, 599 607. Управо је циљ доношења ове конвенције био да се кре диторима пружи већа правна сигурност кроз устоновљење међународног регистра и да се они, уопште, подстакну да дају кредите авио иindустрији. Вид. Roy Goode, „The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: A Driving Force for International Asset Based Financing“, *Uniform Law Review*, бр. 1/2002, 5.

сти оптерећеног ваздухоплова која је постигнута на судској продаји.[11] Дакле, у погледу реализације хипотеке српско ваздухопловно право предвиђа да њен ималац може да се намири из њеног предмета само судском продајом. С друге стране, општа правилност у прописима који садрже правила о стварноправним средствима обезбеђења креће се ка вансудском намирењу (Закон о хипотеци),[12] као и специфичном намирењу кроз привредно искоришћавање, залогом, оптерећене ствари. Управо, имајући на уму сличност брода и ваздухоплова у стварноправном смислу, може се уочити разлика у правима хипотекарних поверилаца. Док ималац хипотеке на ваздухоплову може да се намири само судском продајом ваздухоплова, дотле ималац хипотеке на броду може да се намири и узимањем брода у државину и његовим коришћењем (под условом да је тако уговорено).[13] Чини се да би правило Закона о ваздушном превозу требало променити у правцу прихватања могућности вансудског намирења и намирења путем привредног искоришћавања ваздухоплова. Додатни подстицај овој промени би могло да буде и правило Кејптаунске конвенције које прихвата привредно искоришћавање предмета обезбеђења с циљем намирења потраживања.[14]

3.3. Обухват хипотеке на ваздухоплову

Обухват хипотеке на ваздухоплову представља, у ствари, све оне „вредности" везане за ваздухоплов на које се односи хипотека, тј. чијом вредношћу ће хипотекарни поверилац да се намири у случају покретања механизма реализације хипотеке. Пре свега, а што је и неспорно, хипотека се односи на сам ваздухоплов, те на његове припатке. Затим, хипотека се односи и на осигурану суму која се дугује власнику ваздухоплова у случају пропасти и оштећења ваздухоплова.[15] На тај начин се пружа додатна сигурност хипотекарном повериоцу (даваоцу кредита), јер ће се у случају пропасти

[11] Вид. Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Научна књига, Београд 1968, 178. У различитим изворима права користе се различити изрази за означавање правног односа у коме је ваздухоплов средство обезбеђења. Тако се у Кејптаунској конвецији користи израз стварноправни интерес на ваздухоплову (енг. *security interest*), док се у Закону о ваздушном превозу користи израз уговорно заложно право. Но, и поред различитости уословљавању, па и донекле различитог правног режима ових института, чини се да они, ипак, стреме истом циљу (што и оправдава њихово разматрање на истом месту). Тај циљ се састоји у обезбеђењу намирења потраживања, путем могућности намирења из продајне вредности ваздухоплова. Упор. Закон о ваздушном превозу, чл. 144, ст. 1 и Кејптаунска конвенција, чл. 2.

[12] Закон о хипотеци ЗОХ, *Службени гласник РС*, бр. 115/05, чл. 29 и даље.

[13] Упор. ЗПУП, чл. 237, ст. 2 и Закон о ваздушном превозу, чл. 144.

[14] Кејптаунска конвенција, чл. 8, ст. 1, тач. а).

[15] Закон о ваздушном превозу, чл. 145.

предмета хипотеке (ваздухоплова), он моћи да намири из вредности осигуране суме. Практично, овим се предмет хипотеке проширује с ваздухоплова на осигурану суму.

С друге стране, хипотека на ваздухоплову се не односи на цивилне плодове ваздухоплова. Наиме, превознина, закупнина, као и разне врсте накнада које се дугују кориснику ваздухоплова, а путем његовог привредног коришћења, не улазе у обухват хипотеке.[16] Управо, ова особина хипотеке на ствари је и условила њен настанак у историји, јер омогућава дужнику да коришћењем, хипотеком оптерећене, ствари исплати свој дуг који је обезбеђен хипотеком.[17] Супротан правни режим је са законским заложним правом на ваздухоплову. За разлику од хипотеке оно обухвата цивилне плодове на ваздухоплову, али се зато не односи на осигурану суму која се дугује у случају пропасти ваздухоплова. На овај начин се постиже равнотежа у интересима уговорних и законских заложних поверилаца, јер су им интереси као и редослед њиховог остваривања супротстављени и стоје у искључујућем односу.[18]

3.4. Потраживања која хипотека на ваздухоплову обезбеђује

Хипотеком на ваздухоплову се, начелно, може обезбедити било које потраживање. Ваздухоплов баш због тога што је ствар велике вредности, представља погодно средство обезбеђења у поступку узимања кредита. При том кредитна средства се могу користити за било коју намену, тј. независно од авио-индустрије. Супротно је са законским заложним правом на ваздухоплову које може, како ће се даље у раду видети, да обезбеђује само она потраживања која су везана за употребу ваздухоплова. Међутим, решења Кејптаунске конвенције стварају одређену забуну у погледу тога за која потраживања ваздухоплов може да буде уговорно средство обезбеђења. Наиме, циљ Кејптаунске конвенције је да олакша набавку ваздухоплова путем различитих видова „кредита“ у његовој куповини.[19] Тиме се долази до питања да ли се Кејптаунска конвенција примењује, између осталог, само на случајеве када се путем ваздухоплова обезбеђује потраживање продавца за цену поводом његове продаје или се може применити и на било које потраживање. Премда самом конвенцијом

[16] Закон о ваздушном превозу, чл. 144, ст. 2.

[17] Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 2001, 269.

[18] Истоветан *ratio legis* постоји и код заложних права на броду. Вид. Зоран Радовић, *Хипотека на броду*, Институт за упоредно право, Београд 1986, 15.

[19] „Кредит“ се може испољити било у свом класичном облику, било кроз ли зинг или продају са задржавањем права својине на ваздухоплову до коначне отплате цене. Вид. Кејптаунска конвенција, чл. 2, ст. 2.

није искључена могућност примене и на потраживања невезана за набавку ваздухоплова, ипак се може закључити да ће се конвенцијска правила примењивати само у случајевима набавке ваздухоплова. Тако ће у државама потписницама постојати два правна режима у којима ваздухоплов служи као средство обезбеђења. Један, међународни, који ће се односити само на случајеве везане за набавку ваздухоплова и други национални (домаћи режим) који ће се односити на хипотеке на ваздухоплову поводом било ког потраживања.

4. ПРИВИЛЕГИЈЕ НА ВАЗДУХОПЛОВУ

4.1. Појам привилегија на ваздухоплову

Привилегије на ваздухоплову представљају законска заложна права која обезбеђују намирење одређених потраживања насталих у вези с ваздухопловом.[20] Оне су врло сличне привилегијама на броду већ и из разлога сличности објеката ових права.[21] Сличност брода и ваздухоплова састоји се у томе да су то покретне ствари које се правно сматрају непокретностима, као и да им је призната национална припадност. У супротном, да немају националну припадност, постојала би неизвесност у погледу њиховог правног третмана. Неизвесност би се огледала у томе да би они били подложни различитим правним системима у погледу регулисања права на њима, а према критеријуму места њиховог тренутног налажења.[22] Зато се, када брод и ваздухоплов напусте пловидбени простор државе којој припадају, сматра да су и даље на њеној територији, као и остале непокретности које „не могу“ да напусте територију на којој се налазе.[23]

---

[20] Maya McNally, „Recht der Sicherung und der Finanzierung von Luftfahrzeugen“, *CFAC Schriften zur Luftfahrt* (Hrsg. Roland Müller, Andreas Wittmer), Band 3, DIKE, Zürich 2009, 83.

[21] Привилегије на броду представљају карактеристично законско заложно право које служи за обезбеђење потраживања која су настала у вези с пловидбом брода. Карактеристичност се огледа у томе да ова потраживања имају предност у намирењу из продајне вредности брода у односу на сва остала потраживања. Пред ност у намирењу им се пружа из разлога важности потраживања која се састоји у до приносу у успешном окончању пловидбеног подухвата. Више о појму и историјату овог института вид. Rolf Herber, *Seehandelsrecht*, Walter de Gruyter, Berlin 1999, 110. Разлози који оправдавају постојање привилегија на броду су, у принципу, истоветни онима који оправдавају њихово постојање на ваздухоплову, па у том смислу оно што важи у погледу појма привилегија на броду, важи и у погледу појма привилегија на ваздухоплову.

[22] Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међу народно приватно право*, 8. измењено и допуњено издање, Службени гласник и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 366.

[23] J. P. Honig, 98.

Стицање права на ваздухоплову је уподобљено са стицањем права на броду. Тако се стварна права на ваздухоплову могу стећи само уписом у Регистар ваздухоплова.[24] То се односи како на право својине, тако и на права ужа од права својине, попут заложног права и права закупа. Једини изузетак од овог режима представља стицање законских заложних права за чији настанак није неопходан упис у регистре бродова и ваздухоплова. Док је овај изузетак доследно спроведен у погледу привилегија на броду, дотле је он само делимичан код привилегија на ваздухоплову.[25] Привилегије на ваздухоплову настају неформално (без потребе регистрације), али да би опстале потребно је да се у року од три месеца од њиховог настанка региструју, односно да се учини друга формална радња везана за њихов опстанак.[26]

4.2. Врсте привилегија на ваздухоплову

Појам, врсте и обим привилегија на ваздухоплову су први пут на међународном нивоу регулисани Женевском конвенцијом о признању права на ваздухоплову из 1948. године.[27] Иако се у фазама нацрта ове конвенције расправљало о дефинисању привилегија на ваздухоплову и уподобљавању с привилегијама на броду, ипак се, на крају, заузео минималистички приступ.[28] Он се састојао у томе да се путем привилегија на ваздухоплову пружало обезбеђење само двема врстама потраживања: онима поводом спасавања и у погледу трошкова неопходних за очување ваздухоплова.[29] Разлог оваквом приступу се налазио у чињеници да су ваздухоплов и његова пловидба различити од брода и његове пловидбе. Посебно се то истицало у погле-

[24] Michael Milde, *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, Utrecht 2008, 75 77.

[25] Привилегије на броду су регулисане следећим конвенцијама: Међународна конвенција о уједначавању правила која регулишу привилегије и хипотеке на бро ду Конвенција 1926 (енг. *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Maritime Liens and Mortgages, Brussel 1926*); Међународна конвенција о уједначавању правила која регулишу привилегије и хипотеке на броду Конвенција 1967 (енг. *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Maritime Liens and Mortgages, Brussel 1967*); Међународна конвенција о привилегијама и хипотекама Конвенција 1993 (енг. *International Convention on Maritime Liens and Mortgages, Geneva 1993*).

[26] Maya McNally, „Recht der Sicherung und der Finanzierung von Luftfahrzeugen“, 85.

[27] Република Србија је потврдила ову конвенцију и унела је у своје зако нодавство. Више података доступно на адреси: *http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Geneva EN.pdf*, 3. јул 2014.

[28] Richard O. Wilberforce, „The International Recognition of Rights in Aircraft“, *The International Law Quarterly*, Vol. 2, бр. 3/1948, 430.

[29] Женевска конвенција, чл. IV, ст. 1.

ду привилегија за снабдевање и оправку ван државе регистрације, с обзиром на разлику брода и ваздухоплова по овом питању. Пловидба ваздухоплова је, за разлику од бродске, много краћа и, практично, капетан ваздухоплова је у константној вези са својим оператером (носиоцем подухвата) и послодавцем.

Дакле, врсте привилегија на ваздухоплову су се свеле само на потраживања за награде за спасавање и неопходне трошкове за очување ваздухоплова. Сматрало се оправданим да само ова потраживања буду обезбеђена, јер само она, у непосредном смислу, доводе до очувања ваздухоплова како би, као такав, могао да послужи за намирење и других поверилаца.[30] Зато им и треба дати предност у намирењу у односу на друга обезбеђена и необезбеђена потраживања. Међутим, с таквим упрошћеним приступом, отворила су се многа питања чије нерешавање је водило правној неизвесности. Наиме, шта се сматра спасавањем у смислу привилегија на ваздухоплову. Да ли само успешно спасавање или и оно које је остало без успеха, а уложен је одређени труд и трошак? Да ли су само наведене две врсте потраживања привилеговане или су то још нека потраживања? Шта обухватају привилегије на ваздухоплову? И на крају, како се остварују привилегије на ваздухоплову.

4.3. Одређен или неодређен број привилегија на ваздухоплову?

Иако Женевска конвенција у члану IV који изричито регулише привилегије на ваздухоплову предвиђа само две врсте ових права, чини се, ипак, да их има више, јер конвенција на другим местима помиње одређена потраживања која имају првенство у намирењу (или могу имати) и у односу на саме привилегије на ваздухоплову. То води својеврсној правној неизвесности, јер долази до забуне која потраживања имају статус привилегованих. Следећа потраживања имају одређен „привилегован" статус у намирењу: 1) трошкови поступка извршења, као и други трошкови учињени у заједничком интересу, 2) потраживања лица на земљи која су претрпела штету од ваздухоплова и 3) потраживања за трошкове пловидбе и царине.[31]

Забуну ствара да ли су ова потраживања по својој правној природи привилегије на ваздухоплову у смислу законског заложног права или су то судска заложна права. Важност решења ове дилеме састоји се у различитом тренутку почетка деловања стварноправних механизама права слеђења и приоритета.[32] Док код привилегија стварноправна дејства почињу да делују од тренутка настанка потраживања,

30 R. O. Wilberforce, 431.

31 J. P. Honig, 85 87.

32 Право слеђења односи се на ситуацију када власник отуђи ваздухоплов пре него што су привилегије на њему намирене (када ималац привилегије своје право

дотле се код судских заложних права њихов почетак везује за настанак самог судског заложног права, а не потраживања које обезбеђују. Дакле, разлика је битна, само се поставља питање да ли она заиста постоји.[33]

У погледу судских трошкова извршења, као и осталих трошкова учињених у заједничком интересу свих поверилаца, конвенцијом је изричито предвиђено да се они намирују из продајне вредности ваздухоплова пре свих осталих обезбеђених и необезбеђених поверилаца.[34] Значи, иако ови трошкови нису квалификовани као привилегије на ваздухоплову, они имају првенство као да се ради о привилегијама.[35] Са друге стране, српско право ове трошкове недвосмислено сврстава у привилегије на ваздухоплову и то у први, најприоритетнији ред привилегија на ваздухоплову.[36]

Статус потраживања за накнаду штете коју су претрпела лица на земљи од стране „ваздухоплова" је веома споран. Не зна се да ли су ова потраживања привилегована у правом смислу речи, а статус им је још више нејасан у српском праву. Женевска конвенција 1948. садржи правило да држава чланица *може* да предвиди да ће се ове врсте потраживања сматрати „привилегованим". У том смислу та потраживања ће имати првенство у намирењу у односу на класичне привилегије спасавања и неопходних трошкова очувања ваздухоплова, као и у односу на остала обезбеђена и необезбеђена потраживања.[37] Могућност да држава чланица предвиди постојање нове врсте привилегија, указује да се ради о привилегијама другог реда какве познају и поморске конвенције о овим правима. За

може да истиче и према новом власнику), а право приоритета се односи на редослед намирења у самом поступку намирења.

33 Разлика се састоји и у обухвату ових мера, јер се према, сходној примени ЗПУП на ваздушни превоз, може да заустави само конкретни ваздухоплов оптерећен привилегијом. С друге стране, када је у питању судско заложно право на ваздухо плову, произлази да се може зауставити не само онај ваздухоплов који је оптерећен овим правом, него и било који други у власништву личног дужника имаоца овог права. Упор. ЗПУП, чл. 1021, ст. 2 и Закон о ваздушном превозу, чл. 166.

34 Женевска конвенција 1948, чл. VII, ст. 6. При том, првенство у намирењу је релативно, с обзиром да ова потраживања имају првенство у намирењу у односу на остала само до 20% продајне вредности ваздухоплова.

35 Оваква номотехника је присутна у Конвенцији 1993. и Конвенцији 1967. које регулишу привилегије на поморском броду, док Конвенција 1926. изричи то сврстава потраживања учињена у зеједничком интересу свих поверилаца у привилегије на броду. Упор. Конвенција 1926, чл. 2, ст. 2, тач. 1 и Конвенција 1967, чл. 11, ст. 2; Конвенција 1993, чл. 12, ст. 2.

36 Закон о ваздушном превозу, чл. 134, ст. 1, тач. 1.

37 Женевска конвенција, чл. VII, ст. 5. Предност у намирењу ових потраживања у односу на класичне привилегије делује варљиво, јер се предност у намирењу од носи само на првих 20% продајне вредности ваздухоплова.

привилегије другог реда је карактеристично да се намирују не само после класичних привилегија, него и после хипотека.[38] У том смислу се чини још више чудним решење редоследа намирења потраживања трећих лица на земљи у српском праву.

4.3.1. Привилегије другог реда у српском праву

Закон о ваздушном превозу предвиђа својеврсну привилегију другог реда за потраживања трећих лица на земљи за накнаду штете коју су претрпела путем ваздухоплова. Својеврсност се састоји у томе да ове привилегије нису истоветне с привилегијама другог реда како их предвиђају поморске конвенције у овој области. Док се привилегије другог реда према правилима поморске Конвенције 1993. намирују након класичних привилегија, али и хипотека, дотле се привилегије другог реда на ваздухоплову намирују након класичних привилегија, али пре хипотека.[39] Додатну забуну ствара помињање ових потраживања у оквиру дела о судском заложном праву на ваздухоплову у оквиру кога имају првенство намирења у односу на све остала потраживања (и привилегована и необезбеђена), али само до износа 20% продајне вредности ваздухоплова.[40] Очигледно је да је српски законодавац овим путем хтео да се усагласи с правилима Женевске конвенције која га и обавезује. Међутим, нејасно је зашто је ово „привилеговано" право квалификовано као судско заложно право, као и зашто је обим штете које ово право покрива шири у односу на штете које покрива привилегија другог реда. Наиме, привилегија другог реда (која има слабији приоритет у односу на класичне привилегије, а јачи у односу на хипотеке на ваздухоплову) односи се само на штете у виду смрти и телесне повреде трећег лица на земљи,[41] док се (принудно) судско заложно право односи и на штете на стварима на земљи.[42] Такође, нејасно је шта, заправо, значи судско принудно заложно право. Да ли то подразумева активну улогу ових трећих лица да би стекли своје (судско) заложно право или им је оно већ зајемчено законом?

Чини се да непротивречно решење у српском праву, ипак, постоји. Само је потребно ваљано, циљно тумачење Закона о ваздушном превозу. Потраживања трећих лица на земљи поводом штета нанетих ваздухопловом су привилегије другог реда и намириваће се иза класичних привилегија, а испред хипотека на ваздухоплову. С друге стране, оне ће имати предност у односу на сва потраживања

[38] Конвенција 1993, чл. 6.

[39] Упор. Конвенција 1993, чл. 6. и Закон о ваздушном саобраћају, чл. 137.

[40] Закон о ваздушном превозу, чл. 155.

[41] Закон о ваздушном превозу, чл. 137.

[42] Закон о ваздушном превозу, чл. 155.

(па и привилегована) у делу који покрива 20% продајне вредности ваздухоплова.[43] Ако ова потраживања прелазе овај износ, онда ће се намиривати као привилегије другог реда, односно иза ималаца класичних привилегија. У погледу штета које обухватају ова потраживања, чини се да су то како штете на лицима, тако и на стварима на земљи, иако је то у закону пропуштено да се наведе. Основ оваквог размишљања налази се у позивању на правило закона које регулише одговорност трећим лицима *и стварима на земљи*.[44]

4.3.2. Привилегије по основу трошкова навигације и безбедности ваздухоплова

Потраживања по основу услуга пружених у вези с навигацијом ваздухоплова, као и осталих услуга везаних за сигурност ваздушне пловидбе обезбеђена су привилегијама на ваздухоплову. Премда је, већ, речено да Женевска конвенција изричито предвиђа само две врсте привилегија на ваздухоплову, поставља се питање по ком основу поменута потраживања сматрати привилегованим.[45] Правни основ се налази у системском повезивању Женевске конвенције с Међународном конвенцијом о сарадњи у области сигурности ваздухопловне пловидбе.[46] Наиме, Женевска конвенција предвиђа да ниједно од правила које садржи неће бити примењено ако би угрозило реализацију права држава чланица поводом такси (лучких), царина и трошкова навигације ваздухоплова.[47] Тим путем је, посредно, признала постојање права која имају веће првенство у намирењу у односу на привилегије које она предвиђа. Да ли су, онда, ова права привилегије на ваздухоплову?

Евроконтрол конвенција предвиђа да су потраживања по основу трошкова за навигацију и сигурност пловидбе обезбеђена привилегијама на ваздухоплову.[48] При томе, лични дужник ових

---

[43] Овим потраживањима треба дати предност у односу на класична приви легована потраживања из разлога што трећа лица на земљи нису у стању да за штите своја права на исти начин као остали привилеговани и обезбеђени поверио ци, посебно имајући на уму ванутоворан карактер ових потраживања. Вид. I. H. P. Diedriks Verschoor, 182.

[44] Закон о ваздушном превозу, чл. 119.

[45] Није на одмет поновити да се изричито као привилеговна предвиђају само потраживања по основу спасавања ваздухоплова, као и поводом неопходних трош кова учињених с циљем очувања ваздухоплова. Женевска конвенција, чл. IV.

[46] Енг. *Eurocontrol International Convention relating to Co operation for the Safety of Air Navigation of 13 December 1960* Евроконтрол конвенција.

[47] Женевска конвенција, чл. XII.

[48] Вид. Протокол уз Евроконтрол конвенцију 1997 (енг. *Protocol consolidating the Eurocontrol International Convention relating to Co operation for the Safety of Air Navigation of 13 December 1960*), Додатак IV, чл. 5, ст. 1.

трошкова је оператер ваздухоплова, али ако он не испуни своју обавезу, онда ће се потраживања намирити из продајне вредности привилегијом оптерећеног ваздухоплова. Међутим, проблем представља што се ови трошкови могу да наплате не само из продајне вредности оптерећеног ваздухоплова, него и из продајне вредности било ког ваздухоплова који је под контролом оператера у тренутку принудног намирења. То значи да је у питању својеврсна „сестринска“ одговорност каква постоји у пловидбеном праву, али и више од тога.[49]

Оваква врста привилегије за ваздухопловној флоти је непожељна из неколико разлога. Наиме, привилегије које обезбеђују ова потраживања протежу се, не само на конкретни ваздухоплов, него и на било који други ваздухоплов који је у оператеровој флоти. Треба обратити пажњу да се оператерова флота састоји не само из ваздухоплова који су у његовој својини, него и ваздухоплова које је закупио од других лица. Тако се долази у ситуацију да се трошкови навигације намирују продајом ваздухоплова који је у оператеровој флоти, а не и у власништву, а који, при том, нема никакве везе с конкретним трошковима.[50] Ово је знатна разлика у односу на „сестринску одговорност“ која постоји у поморском праву. Предмет „сестринске одговорности“ могу да буду брод који је везан за конкретно потраживање и бродови који су у власништву личног дужника овог потраживања. Дакле, не и бродови који су у државини личног дужника по основу закупа, а који нису у правној вези с конкретним потраживањем.[51]

Привилегијом на флоти оператера у неповољан положај су доведени власници чији су ваздухоплови у флоти оператера, а који нису у непосредној вези с конкретним потраживањем по основу трошкова навигације и сигурности пловидбе. Неповољност положаја се огледа у тајности и изненадности ових привилегија, као и у својеврсној немоћи власника ваздухоплова да њихов настанак утичу.[52] Штавише, они ни на који начин не доприносе стварању тог потраживања, нити могу да спрече његов настанак. Тим путем се власник ваздухоплова кажњава за нешто што је удаљено не само од концепта субјективне

[49] У ваздухопловном праву је то тзв. привилегија на ваздухопловној фло ти (енг. *fleet lien*). Вид. Aviation Working Group, *Air Navigation and Airport Charges* (даље у тексту: Aviation Working Group 2011), 2011, доступно на адреси: *http://www.awg.aero/assets/docs/SkyService AWG Submissions.pdf*, 5. јул 2014, 2.

[50] Roger Baggallay, Clifford Chance, *France: Aircraft Finance Eurocontrol: A Lien Too Far?*, London 1997, доступно на адреси: *http://www.mondaq.com/x/389/offshore+company+formation/Aircraft+Finance+Eurocontrol+A+Lien+Too+Far*, 4. јул 2014.

[51] Конвенција 1952, чл. 3; Конвенција 1999, чл. 3, ст. 1, тач. б.

[52] На овај начин посебно бивају погођене банке као даваоци лизинга који, премда ваздухоплов није под њиховом контролом, остају (регистровани) власници.

одговорности, него и од објективне одговорности. Због тога, поједини аутори сматрају да су привилегије на флоти оператера у супротности са људским правом на имовину које је предвиђено у Европској конвенцији о људским правима.[53]

4.3.3. Српско право

Решење српског права по питању привилегија по основу трошкова за услуге навигације и сигурности ваздухоплова, није најјасније. Наиме, у закону који регулише имовинске односе у вези с ваздухопловом није предвиђено да су ова потраживања обезбеђена привилегијама на ваздухоплову.[54] Како је за настанак привилегија, као законских заложних права, неопходан предуслов, претходна предвиђеност у закону, тако се долази до закључка да поменута врста привилегија не постоји у српском праву. Међутим, чини се да није заиста тако. Република Србија је чланица Еуроконтрол конвенције и, сходно томе, обавезана је свим њеним одредбама.[55] Према овој конвенцији и њеном протоколу, потраживања за услуге навигације и сигурности у пловидби су обезбеђена привилегијама на броду.[56]

Проблем који постоји код примене правила ове конвенције у погледу Републике Србије је у томе што су ова правила у супротности с појединим институтима регулисаним у српском праву. У оквиру мера обезбеђења и извршења предвиђено је да ће се, у недостатку правила у ваздухопловном праву, применити правила закона који регулишу поморску и унутрашњу пловидбу.[57] Сама правила из Закона о поморској и унутрашњој пловидби предвиђају да предмет привремене мере заустављања брода (у погледу привилегија) може да буде само конкретно оптерећени брод. Дакле, не и брод у својини, или још даље у флоти, бродара.[58]

Када би се правило из ЗПУП доследно применило на ваздухоплове, тада би постојала могућност да се заустави само онај ваздухоплов на кога се односи потраживање обезбеђено привилегијом.

---

[53] Aviation Working Group 2011, 3.

[54] У домаћем праву привилегије су сврстане у три привилегована реда: 1. трошкови у заједничком интересу свих поверилаца, 2. потраживања за трагање и спасавање и 3. неопходни трошкови за очување ваздухоплова. Уз то као својеврсна привилегија на ваздухоплову је предвиђено потраживање трећих лица на земљи која су претрпела штету путем коришћења ваздухоплова. Вид. Закон о ваздушном пре возу, чл. 134 и 137.

[55] Србија је чланица Еуроконтрол конвенције од 2006. године. Подаци о свим чланицама ове конвенције су доступни на адреси: *https://www.eurocontrol.int/articles/ member flags and adhesion dates*, 4. јул. 2014.

[56] Протокол уз Еуроконтрол конвенцију, Додатак IV, чл. 5, ст. 1.

[57] Закон о ваздушном превозу, чл. 166.

[58] ЗПУП, чл. 1021, ст. 4.

Можда због тога, закон који регулише имовинске односе поводом ваздухоплова на два места помиње права трећих лица на земљи која су претрпела штету од ваздухоплова. Први пут у оквиру законског заложног права на ваздухоплову, а други у оквиру судског заложног права како би се оштећеним лицима омогућило да намире своја потраживања из „сестринског" ваздухоплова.[59] Но, у сваком случају, не помиње се ни на једном месту могућност да се поводом привилегија на броду/ваздухоплову заустави други брод у својини личног дужника, а још мање онај који се налази у флоти личног дужника, а не и у својини.

Решење ове правне празнине у ваздухопловном праву треба тражити у допуни закона који регулише имовинске односе на ваздухоплову. Потребно је употпунити и материјално и процесно правило. Материјално правило би требало да се прошири бројем привилегија на ваздухоплову тако да обухвата и потраживања по основу услуга навигације и сигурности пловидбе. Процесно правило би требало да се допуни одредбом да предмет процесних мера може да буде не само оптерећени ваздухоплов, него и било који други у флоти оператера, тј. личног дужника.

5. СУДСКО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ВАЗДУХОПЛОВУ

Судско заложно право на ваздухоплову настаје када се на основу одлуке суда оно упише у регистар ваздухоплова.[60] Карактеристика ове врсте заложног права је да може да се установи као средство обезбеђења било ког потраживања, а не само оног које је везано за коришћење ваздухоплова. Суштина заснивања судског заложног права је у томе да поверилац, који се користи овим средством обезбеђења, добије предност у намирењу из конкретне ствари (ваздухоплова) у имовини дужника, а у односу на остале повериоце.[61] У тренутку заснивања овог права поверилац стиче предност у намирењу у односу на остале необезбеђене повериоце, као и у односу на оне који су стекли касније заложно (судско или уговорно) право на истој ствари. Ваздухопловно право као грана Саобраћајног права у овој об-

[59] Закон о ваздушном превозу, чл. 137 и 155. у вези са ЗПУП, чл. 1021, ст. 1 и 2.

[60] Закон о ваздушном превозу, чл. 154. При том одлука суда може бити из вршна исправа када није потребно да се испуне додатни услови за заснивање овог права или претходне и привремене мере када је потребно да се испуне одређени услови, а пре свега доказивање вероватноће могућности осујећења намирења потраживања. Вид. ЗИО, чл. 276 и 293.

[61] Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, 15. измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд 1999, 499.

ласти нема својих специфичности, па се у том смислу и ослања на Грађанско процесно права, тј. на извршни поступак.

6. ЗАКЉУЧАК

Анализом три врсте заложног права на ваздухоплову, долази се до закључка да он има поред саобраћајне функције, врло важну улогу као средство обезбеђења. При том, када је реч о привилегијама на ваздухоплову, закључује се да су оне уско везане за саобраћајну улогу ваздухоплова. Супротно томе, уговорно и судско заложно право представљају општа средства обезбеђења и могу се користити и ван делатности везаних за авио-саобраћај.

С обзиром на то да заједнички предмет сва три заложна права може да буде исти ваздухоплов, то указује на њихову конкурентност при реализацији. Зато је потребно утврдити границе и редослед намирења ових права, а имајући посебно у виду различите изворе права права и потребу за њиховим усклађивањем. Закључак је да привилегије на ваздухоплову имају, у сваком случају, предност у намирењу у односу на остале врсте заложних права, којима се редослед намирења одређује спрам времена њиховог настанка.

Svetislav Janković, LLM

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

LIENS ON AIRCRAFT WITH SPECIAL REFERENCE ON STATUTORY LIENS

Summary

The paper examines three types of liens on aircraft: mortgage (as contractual lien), statutory and judicial lien on aircraft. Special attention is paid to statutory liens and its relationship with mortgage and judicial lien on same aircraft. The author highlights the problem of priority of different type of secured creditors due to the fact of existing competition between their interests. This problem is especially enlarged because of simultaneously applying three different source of law: Cape Town Convention 2001, Serbian Law of Air Transport 2011 and Geneva Convention on the Recognition of Rights in Aircraft 1948.

Conclusion is that the creditor with statutory lien on aircraft has the biggest priority in realization of his right over other creditors and even creditors secured with mortgage and judicial lien which have priority between themselves in comply with principle „first in time, first in right“. In order to achieve the ideas of this conclusion in practice it is necessary for courts to use teleological interpretation in applying laws. This is especially because of certain inconsistencies between different legal sources in regard of notion, order of priority and effect of different type of liens on aircraft.

Key words: *statutory lien and mortgage on aircraft. – Cape Town Convention. – Order of priority. – Serbian Law of Air Transport*.

УДК 347.440.42

CERIF: S130

Снежана Дабић, мастер[*]

О ДЕЈСТВИМА МОДИФИКАЦИЈЕ УГОВОРА ОДЛОЖНИМ УСЛОВОМ[**]

Погрешним нормирањем појма услова, законодавац је начинио озбиљну омашку услед које се битно другачије објашњава природа дејства остварења услова на уговор чији је модалитет. Питање којим се аутор бави у уводном делу рада јесте: да ли је услов елемент неопходан за настанак уговора или је његов значај другачији? Уколико одложни услов утиче само на дејства угово ра, да ли његово остварење има ex tunc или ex nunc дејство? Опредељивање правног система за ретроактивност (или њено одсуство) има значајне после дице на правни положај уговорних страна, али и трећих лица уколико је до шло до располагања условним правом у фази неизвесности. Ово питање није јединствено решено у упоредном праву. ЗОО се, начелно, опредељује за ретро активност. Централни задатак овог рада јесте утврђивање домета такве ре троактивности. Аутор се критички осврће на постојећа законска решења, као и укорењена схватања теорије.

Кључне речи: *Модификација уговора. Ретроактивност. Вишеструко ра сполагање условним правом. Предбележба.*

1. ПОЈАМ УСЛОВА

Услов као модификација правног посла се, најчешће, дефинише као „модалитет који погађа ефикасност једног уговора“,[1] околност од чијег остварења „зависе дејства правног посла“,[2] „настанак или престанак неког права“.[3]

---

[*] Ауторка је асистенткиња на Правном факултету Универзитета у Београду, *snezana.dabic@ius.bg.ac.rs*.

[**] Чланак представља резултат рада на пројекту Правног факултета под на зивом „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније/ правни, економски, политички и социолошки аспект/“.

[1] Bertrand Fages, *Droit des obligations,* Paris 2011, 147.

Закон о облигационим односима услов дефинише нешто другачије. У чл. 74, ст. 1, наводи се да је уговор закључен под условом ако „његов *настанак* или *престанак* зависи од неизвесне чињенице". Рађа се питање: да ли остварење одложног услова представља елемент који недостаје чињеничном скупу неопходном за *настанак* уговора или је он већ настао, а услов само одгађа његова дејства?

Језичко тумачење упућује на закључак да тек остварењем услова настаје уговор. Тако схваћен, уговор би своје ефекте, најраније, могао да производи од остварења услова, не и ретроактивно. Тиме се у зависност од наступања будуће и неизвесне околности доводи сама егзистенција уговора.[4] На овај начин, не може бити ни речи о услову као *модалитету* уговора, јер уговора нема све док се услов не оствари. И ако се оствари, настаје једноставан, а не модификовани уговор. Услову је тиме погрешно подигнут на ниво битног елемента без ког посла нема.

Наш законодавац није једини који прави овакву грешку. И швајцарски Законик о облигацијама, у чл. 151, предвиђа да је уговор условљен када *настанак* обавезе зависи од наступања неизвесне околности. У теорији се појашњава да, упркос погрешној формулацији, услов погађа само *дејства* условљеног посла, не и његово постојање.[5]

Сличног су схватања и наши теоретичари,[6] а спора нема ни у судској пракси.[7] Услов, у правнотехничком смислу, јесте *модификација* правног посла, типичан *accidentalia negotii*[8] без кога правни посао може да постоји.[9] Њега треба разликовати од тзв. правних услова (*condition iuris*), претпоставки које правни посао мора испунити да би уопште настао, „јер такав услов не би имао никакву улогу коју

2 Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 184; Богдан Лоза, *Коментар Закона о облигационим односима I* (ур. Борислав Благојевић, Врлета Круљ), Београд 1983, 265.

3 Андрија Гамс, Љиљана Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Београд 1990, 184; Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, I, Paris 1965, 273.

4 О. Станковић, В. Водинелић, 185, фн. 439.

5 Luc Thévenoz, Franz Werro (eds), *Code des obligations I: commentaire*, Geneve/Bâle/Munich 2012, 831.

6 О. Станковић, В. Водинелић, 185, фн. 439; Б. Лоза, I, 267.

7 Пресуда ВСС Рев. 3968/93 од 9.11.1993, *Билтен судске праксе ВСС*, Бео град 3/1993, 52 54. Пресуда ВСВ Рев. 320/88 од 20.4.1988, *Судска пракса*, Београд 1/1989, 52 53.

8 Мартин Ведриш, Петар Кларић, *Грађанско право опћи дио, стварно пра во, обвезно и насљедно право*, Загреб 2009, 114.

9 Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel Munck, *Les obligations*, Paris 2013, 641.

не врши већ сам пропис“.[10] Његово остварење или неостварење утиче само на *дејства* посла. Чини се да у прилог овом становишту говори и други став члана 74 ЗОО. Регулишући дејство остварења услова на уговор, законодавац предвиђа да уговор делује *од његовог закључења, осим ако из закона, природе посла или воље страна не проистиче нешто друго*. Предвиђањем могућности ретроактивног дејства, стиче се утисак да он ипак разликује моменат закључења уговора од момента остварења услова. Да је остварење услова неопходно за настанак уговора, не би било места ретроактивности, ни законској, ни вољној, јер она подразумева постојање неког момента у прошлости за који се везује.

2. ВРЕМЕ ПЕНДЕНЦИЈЕ

Фаза неизвесности (*pendente conditione)* је фаза која почиње склапањем уговора и траје све док се услов не испуни или изјалови.[11] Уобичајено се говори да у овом „лебдећем стању“,[12] „стању неизвесности“,[13] одложни услов „паралише“ дејства уговора. Стога се он посматра као услов *par excellence*. Ипак, да ли таква правна веза *in statu nascendi* производи макар каква правна дејства? [14]

С једне стране, поверилац не може да захтева испуњење свог потраживања;[15] иако уговор настаје, дужник још увек није обавезан, те нема основа за извршење, ни добровољно ни принудно;[16] право и даље припада преносиоцу.

Опште је прихваћено схватање да дужник плаћа недуговано уколико обавезу изврши у фази пенденције, по чему се услов разликује од рока.[17] ЗОО, у делу у коме регулише услове, такву одредбу не

[10] Владимир Водинелић, *Грађанско право: увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2012, 437.

[11] М. Ведриш, П. Кларић, 119.

[12] Драгољуб Стојановић, *Коментар ЗОО I* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), Крагујевац 1980, 298.

[13] Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Capetown/Wetton/Johannesburg 1990, 723.

[14] *Ibid*, 717.

[15] Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Увод у грађанско пра во*, Ниш 2008, 255; L. Thévenoz, Fr. Werro, 832.

[16] Jacques Flour, Jean Luc Aubert, Éric Savaux, *Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, Paris 2013, 275; Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1987, 541 542.

[17] О. Станковић, В. Водинелић, 187, фн. 441; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil: Les obligations*, Paris 2013, 1275; J. Flour, J. L. Aubert, É.

садржи. Имајући на уму опште одредбе о стицању без основа, чини се да ће се, најчешће, закључити супротно. Наиме, и ако се прихвати да, до испуњења услова, основа за извршење обавезе нема, чл. 211 ЗОО негира право на повраћај ономе који је платио знајући да није дужан.[18] Право да захтева враћање има само онај дужник који је био у заблуди – у уверењу да обавеза није условљена[19] или „у уверењу да је услов испуњен".[20] Уколико то није случај, требало би узети да је од три ствари једна: да је дошло до одрицања од услова,[21] у ком случају уговор постаје једноставан; да је и само извршење обавезе условно, у ком случају се враћање може захтевати само ако се услов изјалови;[22] или, пак, да се ради о поклону или извршењу неке друге обавезе. У сваком случају, уколико би дужник захтевао враћање, односно враћање пре осујећења услова, таквом би се захтеву могао истаћи приговор противречног понашања (*venire contra factum proprium*).[23]

С друге стране, условна трансакција није створила правно „ништа".[24] Прецизније је, стога, рећи да услов „паралише" *главна* дејства посла. Стране су, већ од момента закључења, везане уговором и не могу се једнострано повући.[25] Дужник још увек не мора да изврши своју обавезу, али се не сме понашати као да посла нема.[26]

Savaux, 275; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel Munck, 695; Ж. Ђорђевић, *Коментар ЗОО I* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), 635.

[18] Осим уколико је задржао право да тражи враћање или је платио да би избегао принуду; Изменама хрватског Закона о обвезним односима, *Народне новине*, бр. 35/05, 41/08 и 125/11, вратило се на решење које је предвиђао §1434 ОГЗ, те се према чл. 1112 враћање може тражити иако исплата дуга зависи од испуњења услова.

[19] L. Thévenoz, F. Werro, 840.

[20] Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 541 542; Ж. Ђорђевић, 635.

[21] Могућност одрицања од услова наше право изричито не предвиђа. Ипак, добровољно извршење обавезе и прихватање таквог извршења требало би сматрати прећутном изменом уговора. Тада, међутим, нема места кодикцији, јер основ постоји.

Одрицање се изричито не регулише ни у ФГЗ у, али је оно широко прихваћено у теорији. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275, фн. 2, 1277; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 277; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel Munck, 695; L. Thévenoz, F. Werro, 832 833; Вид. и чл. 158 Преднацрта реформе облигационог права. Avant projet de réforme du droit des obligations, текст од 23.10.2013, *http://www.argusdelassurance.com/mediatheque/5/3/6/000023635.pdf*, 12.6.2014.

[22] L. Thévenoz, F. Werro, 840.

[23] Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд 1993, 319.

[24] М. Ведриш, П. Кларић, 119; R. Zimmermann, 725.

[25] О Станковић, В. Водинелић, 187; Д. Стојановић, I, 298; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275; B. Fages, 150; L. Thévenoz, F. Werro, 832.

[26] М. Ведриш, П. Кларић, 120.

Будући да је ималац, правом може и располагати.[27] Поверилац има само „клицу права“,[28] „право у зачетку“,[29] „у настајању“,[30] које се можда никада неће *у потпуности* реализовати.[31] Неки аутори говоре и о „евентуалном праву“ повериоца.[32] Условно право је, ипак, нешто више од евентуалног права. Код евентуалног права, права још увек нема, ни у зачетку. Оно не зависи само од остварења услова, акцесорног елемента, већ од елемената који су неопходни да би уопште настало. Стога, евентуално право никада не може имати ретроактивно дејство.[33] За разлику од њега, условно право *постоји,* производи одређена дејства и не представља само просту „правну наду“ да ће се имати право у будућности.[34] Такво условно право даје повериоцу, првенствено, могућност да предузима радње ради очувања права.[35] Поред тога, оно се може отуђити и наследити, али је судбина оваквих располагања неизвесна.[36]

3. ОСТВАРЕЊЕ ОДЛОЖНОГ УСЛОВА

Услов је испуњен ако се оствари будућа, неизвесна чињеница и то „онако како је одређена, у противном се не остварује“.[37] Изузетак постоји само онда када има места примени фикције остварења услова.[38] Чињеница остварења зависи од врсте услова. У вези с тим, посебан проблем представља случај када је услов одређен као одложни негативни или одложни, негативни и потестативни.[39] Уколико рок за остварење није одређен, фаза пенденције престаје тек смрћу

---

[27] О. Станковић, В. Водинелић, 187.

[28] Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 256.

[29] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1274.

[30] Д. Стојановић, I, 298; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel Munck, 695.

[31] J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 275.

[32] H, L. et J. Mazeaud, 274.

[33] J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 281.

[34] Alexandre Thiercelin, *Conditions, conditionnels, droit conditionnels: L'articula tion du jeune Leibniz (I^{ére} partie)*, 2009, 33, *http://www.jstor.org*, 29.4.2014.

[35] Чл. 76 Закона о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93. Има схватања да право повериоца, упркос ретроактивности, не може да застари. Како још није у могућности да захтева извршење, поверилац не може бити доведен у позицију да му право због тога застари. J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, 275.

[36] Д. Стојановић, I, 298; О. Станковић, В. Водинелић, 188.

[37] В. Водинелић, 437.

[38] Чл. 74, ст. 4 ЗОО.

[39] На пример, Продаћу ти кућу уколико не одеш у иностранство; R. Zimmer mann, 722 723.

повериоца, јер би тек тада било извесно да је услов, онако како је постављен, заиста остварен. Условном повериоцу се тако никада не би пружила могућност да доживи њихово остварење. ЗОО не пружа решење за постављени проблем, али је у теорији одавно изграђено правило по коме се одложни негативни услов има сматрати позитивним раскидним.[40] Ово правило је изричито нормирано чл. 123, ст. 2 ЗОН. Претпоставља се да је решење преузето из НГЗ који проблем поставља нешто шире. Према §2075, не само да се негативни одложни услов сматра позитивним раскидним, већ се аналогно правило примењује и у случају позитивних потестативних услова, који условно одређеног наследника обавезују да неодређени период извршава одређену радњу. У сумњи се узима да такав позитивни потестативни услов не представља одложни, већ раскидни услов, који се остварује оног момента када наследник пропусти да изврши предвиђену радњу.

Испуњење услова значи крај пенденције.[41] Иницијална неизвесност престаје, те посао коначно производи дејства због којих је предузет. Међутим, за који се тренутак везује почетак дејстава уговора – тренутак остварења услова, закључења уговора или долази у обзир и неки сасвим други моменат?

3.1. Принцип ретроактивности и њени домети

Предвиђање ретроактивног дејства или његовог одсуства носи значајне последице. Оно ни у упоредном праву није јединствено регулисано. Ипак, упркос томе што иницијално полазе са супротних полова, правни системи, чија ће решења бити изложена, суштински се битно не разликују: било да су се определила за *ex tunc* или *ex nunc* дејство, бројна одступања доводе до њиховог значајног приближавања.

Доследно спроведено, начело ретроактивности доводи у питање све послове који су предузети у фази неизвесности; у апсолутном виду, оно би значило да је преносилац дужан да преда све користи од употребе ствари; преносилац би имао право да захтева накнаду за учињене трошкове; коначно, ризик случајне пропасти ствари би, у складу с правилом *res perit domino,* лежао на оном лицу које се у релевантном тренутку сматра власником.[42] Ипак, да ли је то прави домашај ретроактивности?

---

[40] М. Ведриш, П. Кларић,122.

[41] *Ibid.*

[42] Обрен Станковић, „Модификације правних послова (услов, рок, налог)“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, II, Београд 1978, 1079.

3.1.1. Упоредно право и правна теорија

Француски грађански законик оптира за повратно дејство уговора и то од дана закључења уговора.[43] Када услов наступи, узима се као да никада није ни био постављен, те да је поверилац стекао право самим закључењем уговора.[44] Имајући на уму транслативно дејство уговора, ретроактивност има нарочито значајне последице у погледу преноса права својине.[45] Како се стицалац сматра власником од тренутка закључења уговора, сва располагања која је, у фази неизвесности, чинио, консолидују се, док располагања преносиоца ретроактивно губе основ.[46]

Ретроактивност се у француској теорији правда логичким, моралним и практичким разлозима.[47] Имајући на уму да се једино дејства посла „парализшу“, док су сви елементи уговора испуњени у тренутку његовог закључења, чини се потпуно логичним да се, остварењем услова, обавезе протежу од закључења. Даље, како остају без основа сва располагања која је дужник предузео до остварења услова, обезбеђује се озбиљна заштита интересима повериоца. Коначно, предност ретроактивности је и у томе што сва дејства уговора везује за један тренутак.[48]

Принцип ретроактивности се, међутим, ни у француском праву, никада није примењивао без ограничења, због чега се често посматра као чиста правна фикција.[49] Неке изузетке предвиђа и сам ФГЗ, док је неке креирала француска теорија и пракса. Тако, законик изричито предвиђа да ризик случајне пропасти ствари остаје на продавцу и у случају да се услов касније оствари.[50] Сматра се да ретроактивност није императивни режим, те од њега стране могу одступити;[51] плодови припадају ономе ко се сматрао власником у фази пенденције, а не дугује се ни корист од употребе ствари;[52] коначно, ретроактивности

---

[43] Чл 1179 ФГЗ.

[44] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 279.

[45] *Ibid.*

[46] H, L. et J. Mazeaud, 274.

[47] John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker (editors), *Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant projet de reforme du droit des obligations et de la prescription („the Avant projet Catala“)*, Oregon, 2009, 597.

[48] J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 280.

[49] *Ibid*; F. Terré, P. Simler, Y Lequette, 1278.

[50] Чл. 1182, ст. 1 ФГЗ.

[51] P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel Munck, 694; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 280.

[52] F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1280.

измичу и акти управљања. Све ово доприноси томе да се она схвати пре као „технички метод“, него апсолутни императив.[53]

Ретроактивности се приклања и италијански законодавац.[54] У фази неизвесности се може располагати условним правом, али је такво располагање, по самом закону, зависно од остварења услова.[55] Одступања су, међутим, бројна: правило је диспозитивне природе; сама природа посла може налагати одступање; ретроактивност се не односи на акте управљања;[56] коначно, повратном дејству измичу и плодови, за које је релевантан тренутак остварења услова, осим ако из закона или воље страна не произлази другачије.[57]

Оно што се истиче као најозбиљнија мана ретроактивности огледа се у опасности коју она „рађа“ за трећа лица. Чињеница да послови које су они закључивали са преносиоцем или стицаоцем условног права могу да изгубе правни основ, чак и када о модификацији нису имали никакву свест, умногоме чини њихову правну позицију незавидном. То је разлог зашто је многа модерна законодавства напуштају. Тенденција је и у француском праву да се положај трећих лица ојача.[58] И Нацрт реформе режима облигација и квазиконтракта[59] и Преднацрт реформе облигационог права[60] предвиђају да условна обавеза доспева и производи дејства тек реализацијом услова, уз могућност другачијег уговарања.

Од великих правних система који су се определили за *ex nunc* дејство треба поменути швајцарско и немачко право. Према чл. 151, ст. 2 швајцарског Законика о облигацијама, уговор производи дејства тек од тренутка остварења услова. Правило није императивног карактера, а осим вољног, постоје и законска одступања. Уколико је ствар повериоцу била предата пре остварења услова, он може, ако се услов

53 *Ibid*, 1279.

54 Чл. 1360, ст. 1 ИГЗ.

55 Чл. 1357 ИГЗ.

56 Чл. 1361 ИГЗ.

57 Чл. 1361, ст. 2 ИГЗ.

58 Тако, код непокретности, дозвољава се упис условног стицања права, док се право својине на покретним стварима може стећи одржајем. Чл. 2276 ФГЗ; H, L. et J. Mazeaud, 274.

59 Чл. 2, ст. 1 *Projet de reforme du regime des obligations et des quasi contats*, нацрт који је припремило Министарство правде и слободе Француске, *http://www.textes.justice.gouv.fr/art pix/avant projet regime obligations.pdf*, 15.6.2014.

60 Уколико стране предвиде ретроактивно дејство, до остварења услова ризик је на дужнику, плодови припадају њему, а предузети акти управљања не губе свој основ. Чл. 160 Преднацрта реформе облигационог права Avant projet de réforme du droit des obligations, текст од 23.10.2013, *http://www.argusdelassurance.com/mediatheque/5/3/6/000023635.pdf*, 12.6.2014.

оствари, задржати користи које је ствар дала у фази неизвесности.[61] Дужан је да их врати само ако се услов осујети. Тиме се не дира у опште правило о сношењу ризика за случајну пропаст ствари.[62] Законик предвиђа ништавост свих аката располагања предузетих пре остварења услова уколико би угрозили остварење условног права.[63] Коначно, сматра се да цесус може истаћи цесионару приговор пребијања потраживања које има према цеденту, уколико је то потраживање било условно у тренутку када је дошло до цесије, али се одложни услов остварио, те потраживање доспело, пре него што је доспело цедирано потраживање.[64]

Слично је и решење Немачког грађанског законика. Мада је принцип *ex nunc* дејство уговора, дозвољено је вољно одступање.[65] Заштиту повериоцу закон пружа предвиђајући да свако располагање, предузето у фази неизвесности од стране преносиоца, остаје без дејства уколико дође до остварења услова, у мери у којој угрожава или онемогућује права условног стицаоца;[66] друго, ако се услов оствари, поверилац има право на накнаду штете, уколико је дужник, за време пенденције, скривио угрожавање или онемогућавање остварења права повериоца за случај наступања услова.[67]

3.1.2. Наше право и правна теорија

ЗОО се начелно опредељује за ретроактивност. Чл. 74, ст. 2 ЗОО предвиђа да, ако се одложни услов оствари, уговор делује од његовог закључења. Другим речима, модификовани правни посао, наступањем услова, своје ефекте простире од момента закључења уговора, а не од момента остварења услова.

Ретроактивност, ни у нашем праву, није императивни режим. Могуће је да сам закон, природа посла или воља страна предвиде другачије. Има схватања да се ту мисли на тренутак остварења усло-

---

[61] Чл. 153, ст. 1 ШЗО.

[62] Чл. 185, ст. 3 изричито предвиђа да ризик не прелази на купца. Изузетак је продаја са задржавањем права својине. L. Thévenoz, F. Werro, 843 и 1016.

[63] Чл. 152, ст. 3 ШЗО; Сматра се да се обим овог изузетка односи, првенстве но, на располагања потраживањима. Једноставна (безусловна) цесија, закључена након закључења условљене цесије, спречила би условљену цесију да произведе своја дејства. Да би се предупредиле такве ситуације, води се рачуна о временском рангирању цесија. Када је реч о располагањима стварним правима на покретним стварима, она остају пуноважна када је савесни стицалац стекао државину. *Ibid*, 841.

[64] *Ibid*, 833.

[65] Чл. 158 159 НГЗ.

[66] Чл. 161 НГЗ.

[67] Чл. 160 НГЗ.

ва. „Неки други моменат почетка дејства закљученог уговора тешко да би дошао у обзир.“[68] Мада ће се ретко сретати, таква могућност, теоријски, није искључена. Ако закон дозвољава могућност потпуног одступања, требало би сматрати да је дозвољено и временско, али и предметно ограничавање ретроактивности.[69] Остаје недоумица до ког тренутка стране могу овакву могућност искористити.[70] Чини се несумњивим да је то могуће учинити приликом закључења уговора. Свака каснија уговарања представљала би измену уговора.

У теорији се, када су у питању акти располагања које су стране чиниле за време пенденције, готово једногласно истиче да, остварењем услова, преносиочева располагања „падају“, сматра се као да их није ни било, док се располагања стицаоца консолидују и постају коначна.[71] Опште је прихваћен став да су ова каснија располагања и сама условна.[72] Аутори, међутим, не образлажу шта представља основ оваквом ставу. Очигледно се пошло од идеје заштите повериоца. Неизвесност коју услов, по својој природи, носи, повериоца доводи у једну врло незавидну позицију. Он не зна да ли ће се услов икада остварити, а све и да се оствари, остварењу његовог права могу се испречити располагања која је дужник чинио за време пенденције.

Ипак, да би се одређени правни посао сматрао условним, таква зависност би морала произлазити било из закона, било из воље страна.[73] ЗОО се, у скромном броју одредаба, не бави судбином каснијих располагања. Сама чињеница да предвиђа ретроактивно дејство може једино да значи да се тада узима као да је уговор од свог закључења био једноставан, не и да су сва каснија располагања, по сили закона, условна. Ако бисмо могли рећи да ЗОО не даје основ да се каснија располагања сматрају условним, само зато што прет-

---

68 Б. Лоза, I, 267.

69 Временско ограничавање би постојало онда када стране предвиде да ће уговор производити дејства од неког момента који се десио након закључења угово ра, али пре остварења услова. Са друге стране, могуће је да стране предвиде само предметно ограничење ретроактивности, нпр. одредивши да се она неће односити на плодове, или терет сношења ризика.

70 До момента закључења уговора или остварења услова? Нарочито, да ли је могуће одступити након остварења услова? J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 279.

71 О. Станковић, В. Водинелић, 188; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, 256; Д. Стојановић, I, 298.

72 М. Ведриш, П. Кларић, 121; О. Станковић, В. Водинелић, 187 188; R. Zimmermann, 724.

73 Има аутора који истичу да је за услов карактеристично да је то одредба коју после могу додати *само* субјекти. „Кад би се увјет код одређеног правног по сла одређивао прописом у том смислу да се он *мора* додати правном послу, у истом тренутку би таква одредба престала постојати као увјет и претворила би се у прет поставку.“ М. Ведриш, П. Кларић, 115.

ходна то јесу, њихова условљеност би једино могла да произлази из воље страна. При чему се, наравно, мисли на вољу уговорних страна из тог каснијег уговора. Ако изричите условљености нема, треба водити рачуна о савесности трећих лица. Уколико су трећа лица *несавесна*, уколико су знала или могла знати за раније закључен условни уговор, они пристају на ризик, односно на неизвесност своје правне позиције. Њихова свест, или могућност свести о ранијим условним располагањима, прећутно, модификује и тај каснији уговор. С тим што се услов, у овом каснијем располагању, остварује онда када се услов из ранијег располагања осујети.

Шта је, међутим, с правном позицијом трећих *савесних* лица? Упркос увреженом схватању да су *сва* каснија располагања условна, закон не даје потпору оваквом ставу. Имајући у виду савесност трећег, ни воља није извор такве условљености. Једино што, логично, преостаје да се закључи јесте да су каснија располагања *безусловна*. Конкуренцију више основа за стицање права, у том случају, треба решавати на исти начин на који се то решава када нису у питању условни уговори. Томе у прилог говоре, нарочито, разлози правичности и једнаког поступања. Зашто би се са два готово истоветна чињенична скупа, која се односе на проблем вишеструког располагања истим правом, поступало на различите начине само зато што се, у једном од њих, раније располагање модификује условом? Двоструки аршини умногоме би уздрмали позицију трећег савесног лица. Међутим, да ли ће, остварењем услова, стицалац бити условни поверилац или треће лице, умногоме зависи од усвојеног решења стицања права у једном правном систему.

3.1.2.1. Уступање потраживања

Када је право које се уступало, или покушало уступати више пута, облигационо право, треба применити посебне одредбе ЗОО о вишеструком уступању потраживања. Према чл. 439, ако је поверилац уступио исто потраживање разним лицима, потраживање припада пријемнику о коме је уступилац прво обавестио дужника, односно, који се први јавио дужнику.

Тумачење овакве одредбе, изазвало је бројне полемике. Има аутора који сматрају да је цесија перфектна самим закључењем уговора, те да, упркос формулацији поменутог члана, обавештење дужника није неопходан услов за стицање потраживања.[74] Оно има сасвим други смисао: омогућавање дужнику да се ослободи обавезе испуњењем примаоцу о којем га је уступилац прво обавестио, односно, који му се први јавио. Тиме се иде у корак са правилом *пето*

[74] Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 620; Ј. Радишић, 418.

plus iuris и остварује конзистентност с општим правилом о уступању из чл 438.

С друге стране, има цивилиста који сматрају да је ЗОО обавештењу дао „врло јако дејство", учинивши га „саставним делом цесије".[75] Подигавши га на ниво неопходног услова, закон му признаје конститутивно дејство. Оно представља *modus acquirendi* стицања права. То значи да, без обзира на то „који је по реду куповине",[76] ималац потраживања постаје онај о коме је дужник прво обавештен.

Опредељивање за први или други став, које у великој мери превазилази оквире овог рада, има своје последице и на решавање проблема кога смо се у овом раду дотакли. Наиме, у складу с првим схватањем, остварењем услова, које има ретроактивно дејство, ранији цесионар стиче право. У случају да је обавеза извршена неком каснијем цесионару, он би могао од овог захтевати да му преда све што је на име извршене обавезе примио, јер се неосновано обогатио.[77] У другом случају, упркос ретроактивном дејству услова, уколико би, у време пенденције, па и након остварења услова, условни цедент уступио своје потраживање неком другом лицу, потраживање би припало том каснијем цесионару, уколико би о њему дужник био прво обавештен.[78]

3.1.2.2. Пренос стварних права на покретним стварима

Када је реч о стицању права својине на покретним стварима, предност у случају вишеструког располагања истим правом ЗОСПО даје оном стицаоцу коме је ствар прво предата.[79] Сматра се да се правило има примењивати само уколико је стицалац савестан.[80] У случају да је, након закљученог условног уговора, продавац закључио са трећим савесним лицем уговор о купопродаји, те се услов оства-

75 Светислав Аранђеловић, *Коментар ЗОО I* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), 929.

76 Ненад Тешић, *Pactum de cedendo: о продаји потраживања као бестелес них ствари,* докторска дисертација, Београд 2012, 398.

77 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 622; В. Станковић, *Коментар ЗОО I* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), 994.

78 ЗОО „ћути" и у погледу питања да ли потраживање припада каснијем цесионару без обзира на његову савесност. Имајући на уму начело савесности и поштења, сматра се да би тај каснији цесионар морао да дела у доброј вери. Н. Тешић, 403.

79 Чл. 35 Закона о основама својинскоправних односа ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 189 и *Службени гласник РС*, бр. 115/05 10.

80 Када треће лице зна за постојање ранијег уговора, њему се тај уговор може супротставити. Могућност супротстављања подразумева да је „уговор правна чињеница коју ниједан учесник у правном саобраћају не може игнорисати". Марија Караникић, „Сукоб правних основа узастопних стицања исте непокретности", *Прав ни живот* 10/2001, Београд, 479.

ри, стицалац права својине на истој индивидуално одређеној ствари, биће онај уговорник коме је ствар прво предата, без обзира на тренутак закључења уговора. Уколико је ствар прво предата трећем лицу, поверилац из раније закљученог условног уговора једино може захтевати од свог уговорника повраћај цене, ако ју је платио, као и накнаду штете због неизвршења уговора.

Имајући на уму да услов одлаже дејство уговора, предаја, најчешће, следи његовом остварењу. Изузетак постоји код уговора о продаји са задржавањем права својине (*pactum reservati dominii*),[81] посебног модалитета уговора о купопродаји, код кога продавац задржава право својине и после предаје ствари, све док купац не исплати цену у потпуности.[82] Његова правна природа јесте сложена. Има схватања да она „замењује заложно право",[83] али се већина домаћих аутора приклања ставу по коме се његова природа објашњава помоћу услова.[84] Наиме, исплата цене јесте одложни услов стицања права својине, те га купац стиче *ipso facto,* моментом исплате, без посебне изјаве продавца.[85] До тог тренутка, купац има право да ствар држи, употребљава, прибира плодове,[86] а на њему је и ризик случајне пропасти ствари.[87] Он, међутим, нема све прерогативе власника, јер све док не исплати цену у потпуности, он право својине и нема.

Уговорна одредба о задржавању права својине покреће и питање дејства оваквог посла према трећим савесним лицима. Проблем се, међутим, ређе јавља када је правом својине располагао продавац. Упркос својој несавршености, државина ствари остварује публицитет који је потребан како би се сазнало за постојање права на

[81] Чл. 540 541 ЗОО.

[82] М. Ведриш, П. Кларић, 502.

[83] Алојзије Финжгар, *Коментар ЗОО II* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), 1379; О критици овог схватања: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1996, 69 и фн. 163; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 567 568.

[84] Чини се да се од тога одступа када се утврђује тренутак осујећења услова. И у теорији и у судској пракси се сматра да се услов осујетио онда када поверилац раскине уговор због неиспуњења. С. Перовић, *Коментар ЗОО II* (ур. С. Перовић, Д. Стојановић), 191; Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 10755/2010 од 11.8.2011 (*ParagrafLex);* Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1556/2002 од 21.8.2003, (*ParagrafLex);*

Треба, међутим, скренути пажњу да прави услов, услов у правно техничком смислу, карактерише чињеница да производи своја дејства *ipso facto, „*de plein droit", чим наступи или се осујети околност која га чини. P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel Munck, 693; другим речима, саму неисплату цене у одређеном року треба сматрати осујећењем услова.

[85] О. Станковић, М. Орлић, 69 и фн. 163; С. Перовић, *Коментар ЗОО II*, 189.

[86] „Са купцем се поступа као са савесним држаоцем све до момента доцње." С. Перовић, *Коментар ЗОО II*, 190.

[87] Чл. 541. ЗОО.

одређеној ствари, те тешко да би трећа лица могла да се позивају на своју савесност. У сваком случају, све и да јесу савесна, уговор с првобитним купцем, исплатом цене, ретроактивно производи дејство од дана закључења, ствар је њему већ била предата, тако да трећи једино може да захтева повраћај онога што је, на име уговора, дао, као и накнаду штете због неиспуњења.

Када је реч о правној позицији купчевих поверилаца, задржавање права својине има дејства према њима само уколико је учињено у облику јавно оверене исправе, и то пре стечаја купчевог или пре пленидбе ствари.[88]

3.1.2.3. Пренос стварних права на непокретним стварима

У материји стицања права на непокретностима, чини се да је ствар, донекле, једноставнија. Проблем условног стицања права и његовог вишеструког располагања, умногоме је олакшан тиме што се о непокретностима и правима на њима воде јавне евиденције. Поред пуноважног основа, за стицање права на непокретностима је неопходно, у начелу, да се право упише у регистре непокретности.[89] Предаја ствари готово да нема никакав правни значај, али може водити стицању права одржајем.[90]

Условно стицање права на непокретностима отвара важно питање: може ли се оно, као такво, уписати?

Мада је у ранијим прописима о томе постојала правна празнина,[91] теорија је изградила став да је укњижба права под одложним условом недозвољена, али је могућа предбележба.[92] Правни посао „још виси, а укњижбом се књижна права дефинитивно стичу, преносе, ограничавају и укидају.“[93] Ни сама изјава књижног претходника (*clausula intabulandi*) не сме бити „неодређена и нејасна, нити везана условом,“[94] јер се то противи „бити саме укњижбе“.[95]

---

88 Чл. 540, ст. 2 ЗОО.

89 Чл. 60 Закона о државном премеру и катастру ЗДПК, *Службени глас ник РС*, бр. 72/09, 18/10 и 65/13); О дејствима уписа више у: Татјана Јосиповић, *Земљишнокњижно право*, Загреб 2001, 124 126.

90 Милош Живковић, „Стицање права својине (посебно на непокретности ма)“, *Промене стварног права у Србији*, Београд 2004, 83.

91 Закон о земљишним књигама ЗЗК, *Службене новине Краљевине Југо славије,* бр. 146/1930 53 и 281/1931 90.

92 Драгољуб Стојановић, Димитар Поп Георгиев, *Коментар закона о основ ним својинско правним односима*, Београд 1980, 109; Т. Јосиповић, 194 и фн. 65, 199; условне укњижбе су могуће само ако је реч о раскидном услову. Фердо Чулиновић, *Коментар земљишнокњижних закона*, Београд 1931, 30.

93 *Ibid.*

94 Д. Стојановић, Д. Поп Георгиев, 109.

95 Ф. Чулиновић, 146.

ЗПДК изричито предвиђа да се, у случају кад је изјава о дозволи уписа условљена или орочена, а услов и рок нису испуњени, врши предбележба.[96] Могућност предбележења условног права значајна је јер се остварује публицитет таквог права, али и задобија првенствени ред.[97] И предбележеним правом, као и правом које је оптерећено предбележбом, могуће је располагати. Оваква располагања су, по слову закона, условна, те зависе од тога да ли ће се предбележба оправдати или ће доћи до њеног брисања.[98]

Могућност предбележавања условног права, као и законска условљеност каснијих располагања, само наизглед чини ствар једноставнијом. Мада би се рекло да су тиме заштићени како интереси условног повериоца, тако и интереси трећих лица, прави проблем се уочава тек анализом решења нашег права о предбележби. Начин на који је она регулисана чини нејасном намеру законодавца: да ли хтео да је учини потпуно инцидентном, у намери да у евиденцији непокретности и права на њима не опстају, на дужи рок, било какви условни уписи, или је само дошло до грубе омашке којом је предбележба потпуно обесмишљена. Наиме, мада је рок од 90 дана, у коме се предбележба има оправдати, знатно дужи него што је то ранијим прописима било предвиђено,[99] суштински није дата већа могућност за оправдање. Напротив. Предбележба се *једино* може оправдати уколико се у том року отклоне сметње за упис права или доставе докази о испуњености услова.[100] При том, закон не предвиђа могућност да се, достављањем доказа да је тужба за оправдање поднета, спречи брисање предбележбе до окончања поступка. Другим речима, евентуално покренут поступак ради оправдања предбележбе *мора* се окончати у року од 90 дана од дана уписа предбележбе, што је, често, немогуће. Проблем се додатно усложњава када је у питању предбележба права модификованог условом. Услов је, по својој природи, будућа неизвесна околност. Не само да је неизвесно да ли ће се он уопште остварити у поменутом року, већ се ни тужба за оправдање не може поднети уколико се услов није остварио. За разлику од претходних решења према којима је предбележба могла да опстане у земљишним књигама *ad infinitum*,[101] ЗПДК предвиђа да, уколико се не оправда, предбележба брише не само по захтеву странке, већ и по службеној дужности![102] Имајући то на уму, свако треће лице

[96] Чл. 78, ст. 2, тач. 2 ЗДПК. Закон не прави разлику између одложних и рас кидних услова.

[97] Т. Јосиповић, 198.

[98] Чл. 80, ст. 1 ЗДПК.

[99] §49 52 ЗЗК.

[100] Чл. 79, ст. 1 ЗДПК.

[101] §52 53 ЗЗК предвиђали су брисање предбележбе само по захтеву стране против кога је предбележба била дозвољена.

[102] Чл. 79, ст. 3 ЗДПК.

би могло да се обрати са захтевом да до брисања дође, што ће се, претпоставља се, управо дешавати онда када се правом оптерећеним предбележбом поново располагало. Овако регулисана, предбележба ће своју сврху остварити једино у случају да нико не поднесе захтев за брисање, а то уједно пропусти да учини и сам надлежни орган.

Коначно, остаје питање: може ли се иста предбележба, о истом условном праву, поново уписати? За разлику од ЗЗК који је само изузетно дозвољавао поновни упис,[103] ЗДПК се о томе не изјашњава. Имајући на уму одсуство изричите забране, чиме се одступило од ранијих земљишнокњижних правила, требало би сматрати да та опција није искључена. Ово, међутим, само у случају да о предбележеном праву није мериторно одлучено.[104] Ипак, тиме се условном повериоцу намеће терет да изнова захтева упис, а свака нова предбележба производи дејства тек од тренутка поновног уписа. Остаје нада да ће задатак, који би требало да се остварује предбележбом, бити остварен на основу чл. 4 Закона о промету непокретности.[105]

3.1.3. Домети ретроактивности у нашем праву

Опредељивање једног правног система за принцип ретроактивног дејства одложног услова, своје последице исказује и у погледу питања коме припадају плодови и користи од употребе ствари за време пенденције услова; да ли се може захтевати накнада за трошкове одржавања и очувања ствари учињених за време пенденције услова; као и на коме лежи ризик за случајну пропаст ствари.

ЗОО не садржи посебна правила, док опште правило предвиђа само три изузетка: ако из закона,[106] природе посла или воље страна проистиче другачије.

Уколико, пак, нема места позивању на изузетке, чини се да треба водити рачуна о тренутку преноса права на стицаоца. Како обавеза доспева тек остварењем услова, најчешће ће до стицања права доћи у тренутку који следи остварењу услова. Ипак, могуће је и да му претходи.[107] До тренутка преноса права, треба сматрати да пло-

[103] §54 55 ЗЗК.

[104] Ф. Чулиновић, 196.

[105] Према чл. 4, ст. 4 Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/14, ако јавни бележник утврди да су у суду већ оверени потписи на уговору о промету исте непокретности, односно да је код јавног бележника или у суду сачињен јавнобележнички запис о промету исте непокретности, а продавац је исто лице, ду жан је да о томе упозори уговорнике и да то упозорење унесе у јавнобележнички запис.

[106] Нпр, чл. 541 ЗОО.

[107] Уколико је ствар предата раније или уписом предбележбе у регистре непо кретности.

дови припадају преносиоцу, он је дужан да сноси трошкове његовог очувања, а ризик случајне пропасти или оштећења ствари, у складу са правилом *res perit domino,* сноси власник ствари.

4. ОСУЈЕЋЕЊЕ УСЛОВА

Фаза неизвесности може се окончати и осујећењем услова. ЗОО не садржи одредбу о дејству осујећења услова, али треба сматрати да је оно ретроактивно, као и да се од тога може одступити. Тада се сматра као да посао никада није био предузет,[108] те остаје без основа све што је на основу њега извршено.[109] Стога, има се вратити ствар која је предата пре остварења услова, или накнадити њена вредност, заједно с плодовима и користима од њене употребе,[110] осим уколико није другачије предвиђено. Сва располагања која је чинио преносилац са трећим лицем, производе своја дејства, док се сматра да располагања прибавиоца као да није ни било.[111] Како због осујећења услова прибавилац није стекао право, он га не може ни пренети. Трећа савесна лица се једино могу позвати на примену правила о стицању од невласника.

5. ЗАКЉУЧАК

Упркос погрешној формулацији ЗОО, услов јесте типичан *accidentalia negotii*. Његово остварење не утиче на настанак, већ на *дејства* уговора. Прецизније – на *главна* дејстава уговора, јер таква веза *in statu nascendi* није створила „правно ништа“. Остварењем одложног услова, уговор производи своја дејства ретроактивно, од тренутка закључења. Закон, природа посла или воља страна могу налагати другачије. Ретроактивност отвара питање судбине каснијих располагања условним правом. Упркос увреженом схватању да су *сва* каснија располагања условна, те да „падају“ чим се услов из ранијег уговора оствари, закон не даје потпору оваквом ставу. Сама чињеница да предвиђа ретроактивно дејство уговора може једино

108 О. Станковић, В. Водинелић, 188; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel Munck, 695; Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1066/2012(1) од 24.10. 2012 (*ParagrafLex)*.

109 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1276.

110 *Ibid*; J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, 276; интересантно је да француска теорија и пракса, у погледу плодова, одступа од ретроактивног дејства, те их пре носилац може задржати, док се сматра да је прибавилац дужан да их врати, уко лико му је ствар била предата, а услов се осујетио. У оба случаја нема основа за задржавање.

111 О. Станковић, В. Водинелић, 188.

да значи да се тада узима као да је модификовани посао од свог закључења био једноставан. Ако условљеност не произлази из закона, она једино може произаћи из воље уговарача тог каснијег уговора. У недостатку изричите условљености, треба водити рачуна о савесности трећих лица. Несавесност трећих лица, њихова свест, или могућност свести о ранијим условним располагањима, прећутно, модификује и тај каснији уговор. Уколико су, међутим, трећа лица савесна, касније располагање се има сматрати безусловним. У том случају, конкуренцију више основа за стицање права треба решавати на исти начин као када нису у питању условни уговори. Ретроактивност „рађа" и проблем утврђивања припадности плодова и користи од ствари, трошкова очувања ствари, као и ризика случајне пропасти ствари. Уколико нема места позивању на изузетке, проблем треба решити водећи рачуна о тренутку преноса права на стицаоца.

Snežana Dabić, LLM

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL EFFECTS OF MODIFICATION OF CONTRACTS BY SUSPENSIVE CONDITION

The suspensive condition is a typical *accidentalia negotii*, irrespective of the imprecise definition of the Serbian Law on Obligation. It affects only the efficacy, not the formation of the contract. Its realization has a retroactive effect, unless otherwise provided by law, the nature of the contract or the will of the parties. The principle of retroactivity could have a significant impact on the legal position of the contracting parties, as well as the third parties, in case of any subsequent dispositions of the conditional rights in the period of uncertainty. Therefore, one of the main tasks is to determine the limits of such retroactivity.

Key words: *Modification of contracts. – Retroactivity. – Disposition of the conditional right. – Prenotation.*

УДК 366.542/.543(497.11); 346.548(497.11)

CERIF: S144

Бранка Бабовић, мастер*

ЗАШТИТА КОЛЕКТИВНИХ ИНТЕРЕСА ПОТРОШАЧА

Предмет овог рада је анализа система о колективној заштити потро шача садржаних у Закону о заштити потрошача из 2010. године и поређење с новокреираним системом из тек усвојеног Закона о заштити потрошача из 2014. године. Наиме, за разлику од пређашњег у коме је за заштиту колектив них интереса потрошача био предвиђен парнични поступак, у новом систему је заштита колективних интереса потрошача поверена органима управе. Аутор анализира предности и мане једног и другог система ограничавајући се на: (i) појам колективног интереса, (ii) дисперзију овлашћења за покретање поступка за заштиту колективних интереса потрошача у нашем праву и (iii) поређење врста тужбених захтева који су се могли истаћи у тим поступцима и обима заштите у управном поступку.

Кључне речи: *Колективна заштита. Права потрошача. Организациона тужба. Колективни интерес.*

1. УВОД

Законом о заштити потрошача – ЗЗП 2010,[1] суду је, у парничном поступку, била поверена заштита колективних интереса потрошача. Наиме, тим законом било је предвиђено да поступак забране неправичних уговорних одредаба и непоштеног пословања може покренути потрошач, али га може покренути и удружење или савез потрошача због повреде колективних интереса потрошача. На захтев за заштиту колективних интереса потрошача била су овлашћена удружења потрошача или њихови савези,[2] која испуњавају усло-

* Ауторка је асистенткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *branka.babovic@ius.bg.ac.rs*

[1] *Службени гласник РС,* бр.73/10.

[2] Чл. 137. Закона о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр.73/2010.

ве прописане законом. Чл. 140 ЗЗП-а 2010. било је предвиђено да се на поступак заштите колективиних интереса потрошача сходно примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак, ако ЗЗП-ом није другачије предвиђено.

С друге стране, Законом о заштити потрошача из 2014. године – ЗЗП 2014,[3] у потпуности су измењене одредбе које се односе на заштиту колективних интереса потрошача. Суштинска промена је у томе што је овим законом за заштиту колективних интереса потрошача предвиђен управни поступак уместо парничног поступка који је био предвиђен ЗЗП-ом 2010. Тиме је у наше право уведено решење које одудара од решења у већини европских земаља у којима су за заштиту колективних интереса, између осталог и потрошача, предвиђени различити инструменти парничног процесног права.[4] Имајући на уму специфичности појединих правних система унутар европскоконтиненатлног правног подручја, степен утицаја других правних подручја нарочито кроз идеју да се уведе групна тужба по моделу *class action*[5] и поштовање права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима[6] ти инструменти су различити.[7] Ипак, међу свима њима постоје заједничке карактеристике које олакшавају поређење с управноправном заштитом.

2. ПОЈАМ КОЛЕКТИВНОГ ИНТЕРЕСА ПОТРОШАЧА

Сам ЗЗП 2010. није садржао дефиницију колективног интереса потрошача, али је овим законом било предвиђено да ће се на поступак заштите колективних интереса потрошача сходно примењивати

3 *Службени гласник РС*, бр. 62/14.

4 Rainer Kulms, „Collective Redress in Europe   A Case for Harmonised Rules?“, *Право и привреда* 4 6 (2013), 309   327.

5 О појму и домашају вид. Brian Anderson, Anrew Trask, *The class action playbook*, Oxford 2012.

6 Основно питање које се овде поставља је да ли је концепција групне тужбе по моделу *class action* у складу са правом на правично суђење, нарочито његовим сегментом који се односи на нужност поштовања начела контрадикторности и пра ва на приступ суду у поступку и личног учешћа тужиоца у смислу праксе ЕСЉП. О овоме вид.: Georg E Kodek, „Kollektiver Rechtschutz gegen Diskriminierung“, *Europäisches Insolvenzrecht, Kollektiver Rechtschutz (Hgs. Peter Gottwald)*, 282 288; Бранка Бабовић, „Колективизација судске заштите од дискриминације“, *Правни жи вот 11/2012*, 1018 1020.

7 Од организационе тужбе (*Verbandsklage*) у Немачкој, преко организационе модел тужбе (*Verbandsmusterklage*) у Аустрији до групе тужбе по моделу *class action* у Италији и Пољској. О овоме вид: R. Kulms, 309   327; Марко Баретић, „Индиви дуална и колективна заштита потрошача у хрватском праву“, Република Хрватска на путу према еуропском правном подручју, Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, Ријека 2009, 241 286.

одредбе закона који регулише парнични поступак. Законом о парничном поступку – ЗПП,[8] уведен је посебан парнични поступак за заштиту колективних интереса грађана. Одредбе овог закона којима је био регулисан поступак за заштиту колективних права и интереса грађана су критиковане у доктрини,[9] а њихова примена није довољно заживела ни у пракси.[10] Одредбе читаве главе ЗПП-а којом је регулисан поступак за заштиту колективних права и интереса грађана стављене су ван снаге Одлуком Уставног суда РС IУз-51/2012 од 23. маја 2012, *Службени гласник РС*, бр. 49/13. Један од разлога који је Уставни суд навео као разлог за неуставност одредби је био управо тај што законом није било уређено када један грађанскоправни спор има карактер спора о колективним правима, а да није било ни упућујуће норме из које би се утврдило на које се спорове ове одредбе односе.[11]

ЗЗП 2014. у чл. 145 дефинише колективни интерес потрошача и то кроз позитивну дефиницију, која је доста широко формулисана.

У упоредном праву, колективни интерес потрошача је ретко дефинисан прописима.[12] Једна, негативна дефиниција колективних

---

8 *Службени гласник РС*, бр.72/11.

9 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2012, 707 715; поједине одредбе критикује и Весна Ракић Водинелић, „Закон о парничном поступ ку Србије 2011“, *Правни записи 2/2011*, 557 567.

10 Ово не значи да тужби није било, али је тужби било мало. Према инфор мацијама доступним на: *http://www.zapotrosace.rs/vesti.php?title udruzenja potrosaca pocela sa podizanjem kolektivnih tuzbi*, до 2. априла 2013. покренуте су две тужбе за заштиту колективних интереса потрошача. У поступку П.10764/13 по тужби удружења корисника финансијских услуга поступак је до доношења Одлуке Устав ног суда IУз. 51/2012 од 23. маја 2013. решено само о приговору стварне ненадлеж ности.

11 Одлука Уставног суда РС IУз. 51/2012 од 23. маја 2013, стр. 58 59, даље у овој одлуци, Уставни суд наводи да због пропуштања да се одреди појам колек тивног интереса изостаје испуњење захтева за одређеношћу и прецизношћу прав не норме који преставља саставни део начела владавине права „како би грађани из садржаја норме могли да стварно и коректно знају своја права и обавезе како би им прилагодили своје понашање“. Заступамо став да се појам колективних интереса по трошача не дефинише законом, већ у правној теорији, а иако закон дефинише појам колективних интереса таква дефиниција не треба да буде садржана у закону који уређује парнични поступак, већ евентулано у законима којима су регулисана права појединих колективитета, као што је Закон о заштити потрошача, Закон о забрани дискриминације итд. Упор. Никола Бодирога, „Коментар Одлуке Уставног суда IУз. 51/2012 о несуставности главе 36. Закона о парничном поступку“, *Правни инструк тор 45/2013,* 65, упор. Марија Караникић Мирић,“Механизми заштите законом га рантованих права потрошача“, у: Стеван Лилић (ур.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, књига 3*, Београд 2013, 179 180.

12 На пример немачки *Unterlassungsklagegesetz*, као ни аустријски *Konsumen tenschutzgesetz* ни италијански *Codice del consumo* не садрже дефиницију колектив ног интереса потрошача.

интереса потрошача садржана је у европском праву. Ова дефиниција потиче из француског права,[13] а даље је имплементирана у директиве ЕУ. Тако је у ставу 2 преамбуле директиве 98/27/ЕЗ дата негативна дефиниција колективних интереса потрошача као интереса који не укључују збир интереса појединаца који су повређени повредом права.[14]

Дакле, дефиниција колективног интереса потрошача садржана у ЗЗП-у 2014. године је другачија од дефиниција у праву ЕУ, јер је позитивно формулисана, а имајући на уму чл. 145, ст. 1 ЗЗП-а 2014. године, могло би се рећи да донекле противречи дефиницији садржаној у преамбули директиве 98/27/ЕЗ.[15] Наиме, дефиницијом колективних интереса потрошача, садржаном у преамбули директиве 98/27/ЕЗ, одређује се да колективни интерес није прост збир појединачних интереса, већ да је колективни интерес онај који надилази прост збир појединачних интереса.

Колективни интерес се одредбом чл. 145, ст. 1 ЗЗП-а 2014. дефинише првенствено кроз збир појединачних интереса.[16] Ипак, колективни интерес је трансиндивидуални интерес, а не сума индивидуалних интереса, што су два различита појма. Наиме, сама колективна права и интереси су додељени непосредно колективу, а не представљају збир појединачних права и интереса.[17]

Међутим, чл. 145 ЗЗП-а 2014. у ст. 2 садржи део дефиниције који одређује повреду колективног интереса потрошача и у случајевима када се повређују права укупном броју потрошача који је мањи од десет. Када је ово случај, закон садржи упутство по коме надлежни

---

[13] Чл. 24(3) француског АРСС, о томе вид. Marek Safjan, Lukasz Gorywoda, Agnieszka Janszuk, „Taking the Collective Interests of Consumer Seriously: a view from Poland", *New Frontiers of Consumer Protection, The Interplay Between Private and Public Enforcement (eds.Cafaggi Fabrizio, Micklitz Hans W)*, Antwerp Oxford Portland 2009, 179 180.

[14] „...whereas collective interests mean interests which do not include the cumulation of interests of individuals who have been harmed by an infringement...", тач. 2 Преамбуле директиве 98/27/ЕС (Directive 98/27/EC of the European parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protections of consumers' interest, *Official Journal of the European Communities L 116/51.*

[15] Као што је познато преамбуле служе за тумачење одредби правног акта, вид. Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима, коментар*, Бео град 2006, 49 58, а о тумачењу у области европског права, вид. Rudolf Streinz, *Europarecht*, Heidelberg 2008, 214 216.

[16] ЗЗП 2014. садржи одредницу да је реч о повреди права који су повређени истоветном радњом, на истоветан начин и од стране истог лица што даје суми повређених интереса одређени квалитет.

[17] Миодраг А. Јовановић, „Општи поглед на концепте у Колективна права", *Позитивна дискриминација у уставноправном систему Републике Србије (ур. М. Јовановић)*, Београд 2009, 15.

орган утврђује да је дошло до повреде колективног интереса потрошача. Критеријуми који се узимају у обзир су трајање и учесталост поступања трговца, као и чињеница да ли такво поступање испољава ефекте према сваком потрошачу.[18]

Поред тога што су колективни интереси потрошача трансиндивидуални интереси, а не сума појединачних интереса, конкретно ЗЗП-ом 2014. је заштита колективних интереса поверена органима управе, па је и вероватније да законодавац њима поверава регулаторну функцију која је типична за органе управе, а не заштиту појединачних захтева, чија је колективна заштита типична за парнични поступак (и посредно остваривање регулаторне функције и заштите појединачних интереса могу бити предмет овакве колективне заштите). Наиме, заштита суме индивидуалних интереса може вршити регулаторну функцију, али онда може бити реч о колективној заштити индивидуалних интереса, а не о заштити колективних интереса грађана.

Имајући све наведено на уму, одредба чл. 145, ст. 1 ЗЗП-а 2014. би се могла тумачити тако да би повреда права појединог потрошача (или збира од десет) требало да служи само као доказ постојања повреде колективног интереса, а не као критеријум за дефинисање колективног интереса. Поред тога, приликом одређења колективног интереса, не би се требало ограничавати на повреде права које су само бројне, већ би критеријум требало да буде и учесталост повреда. Поред тога, потребно је издвојити и повреде колективних интереса потрошача који су од посебног значаја за потрошаче, као што је живот и здравље.[19]

Разлика између колективног интереса и суме индивидуланих интереса грађана у грађанском процесном праву примећује се и кроз инструменате којима се остварује колективна заштита. С једне стране то су инструменти којима се штити и сума индивидуалних интереса (међу ове инструменте спада и групна тужба по моделу *class action*) којом се на колективан начин у једној парници може остварити и право на накнаду штете од стране више тужилаца које представља један, а с друге стране то су инструменти којима се остварује апстрактна правна заштита (таква је организациона тужба у немачком праву – *Verbandsklage*). Дијапазон инструмената колективне заштите се ту, наравно не завршава.

---

[18] Чини се да ЗЗП на овом месту прецизније дефинише појам колективних интереса него што је то случај с првим делом дефиниције (чл. 145, ст. 1 ЗЗП а 2014) који бројчано одређује појам колективног интереса.

[19] Marek Safjan, Lukasz Gorywoda, Agnieszka Janszuk, „Taking the Collec tive Interests of Consumer Seriously: a view from Poland", *New Frontiers of Consu mer Protection, The Interplay Between Private and Public Enforcement (eds. F.Cafaggi,H.W.Micklitz)*, Intersentia 2009, 187 188.

3. ИНСТРУМЕНТИ КОЛЕКТИВНЕ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА

Заштита колективних интереса потрошача у упоредном праву се, по правилу, остварује судским путем у парничном поступку – ЗЗП-ом 2014. је заштита колективних интереса поверена органима управе.

Колективизацијом судске заштите остварује се и право на ефикасну правну заштиту, која понекад изостаје кад је заштита поверена појединцима. Тако, право на надокнаду малог износа штете проузроковане кршењем правила лојалне конкуренције често бива незаштићено због рационалне незаинтересованости појединца[20] да води парницу око јако малог износа, или због зазирања од тога да покрене спор против економски јаког трговца,[21] уколико је реч о повреди права потрошача. Како правна заштита у оваквим случајевима не би изостала, законодавац предвиђа инструменте колективне заштите.

Наиме, механизми колективне заштите штите како суму индивидуалних интереса тако и колективни интерес. Сума индивидуалних интереса се штити, када се, примера ради, једном тужбом подноси захтев за накнаду штете великог броја оштећених у железничкој незгоди.[22] Колективни интерес потрошача штити се кроз апстрактну заштиту, на пример, кроз захтев за поништај неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима. На тај начин се остварује регулаторна функција и првенствени циљ је заштита потрошача на тржишту, а не и индивидулано задовољење појединачног оштећеног. Треба напоменути да кроз заштиту суме индивидуалних интереса грађана, може доћи и до остварења регулаторне функције у одређеним случајевима, а у том случају реч је о колективној заштити индивидуалних интереса.

Остваривање регулаторне функције првенствено припада органима управе у европскоконтиненталном правном подручју, па су због тога, између осталог, бројна противљења увођењу групне тужбе по моделу *class action*[23] у земљама европскоконтиненталне правне традиције. Тако се потенцира да је у САД сама концепција управе потпуно другачија, па би она сврха која се у САД остварује путем

[20] Christian Alexander, „Kollektiver Rechtschutz im Zivilrecht und Zivilprozess recht“, *Jus 7/2009,* 590.

[21] Norbert Reich, „Legal protection of individual and collective consumer interests“, *Understanding EU consumer law(eds.H.W. Micklitz,N.Reich,P.Rott)*, Intersentia 2009, 349 350.

[22] Као што наводи C. Alexander, 590 591 наглашавајући разлику између за штите суме индивидуалних интереса и колективних интереса.

[23] Која би подразумевала и заштиту индивидуалних интереса, не искључујући посредно остваривање регулаторне функције.

групне тужбе по моделу *class action* у земљама наше правне баштине била сувишна зато што се исти резултат постиже радом управних органа.[24]

Оваква расправа се водила и води без обзира на то о интересу ког колектива се ради, односно без обзира на то о којој грани материјалног права је реч. Наиме, поступак по групној тужби (*class action*)[25] био би проблематичан са становишта права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима[26](не само овај механизам колективне заштите[27]).

Међутим, у упоредном праву је оваква расправа довела до развоја великог дијапазона инструмената колективне заштите потрошача који би били прилагођени појединим правним системима и њиховој парничној процедури.[28] У наше право је уведена управноправна заштита колективних интереса потрошача,[29] па је наше право у том погледу заузело изразито поларизовано становиште у прилог управноправне заштите.[30]

---

[24] Тако у облсти права потрошача: Hans W. Micklitz, „Transborder Law Enforcement, Does it Exist?“, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, New Rules and New Techniques (eds. Stephen Weatherill, Ulf Bernitz)*, *Oxford and Portland*, Oregon 2007, 251.

[25] У Немачкој је дуго одбијано признање и извршење страних судских одлука које су донете у поступку то овој врсти тужби. Као разлог за то је навођено да је поступка по *class action* противан процесном *ordé public* зато што члановима класе није пружена могућност да иступају пред судом. Ипак, Уставни суд Немачке је зау зео став да поступак вођен по *class action* не представља повреду права на правично суђење *per se* ни када странке групи приступају по принципу *opt out*, докле год је потенцијални члан класе лично обавештен о подношењу тужбе (нпр. путем пис ма, а не путем медија) сматра се да му није повређено право на правично суђење. Више о томе вид. Axel Halfmeier/ Philip Wimalasena, „Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt out Sammelverfahren: Annerkenung ausländishcer Titel und rechtspolitischer Gestaltungsspielraum“, *JZ 13/2012*, 654.

[26] Б. Бабовић, 1018 1020.

[27] G. Kodek, 282 288.

[28] М. Баретић, 241 286.

[29] О томе да је управноправна заштита примеренија, не само континентал ном правном подручју, већ и заштити права потрошача уопште вид. Татјана Јованић, „Управноправна заштита потрошача“, *Анали Правног факултета у Београду 2/2013*, 186 187.

[30] Законодавац је вероватно следио традицију управноправне заштите по трошача и правну културу у којој би предвиђање заштите у парничном поступку у овој области било необично. Поред тога, мотив за српског законодавца да зашти ту колективних интереса потрошача повери управи је веровато било и друштвено окружење, недовољна развијеност активности удружења потрошача и непостојање одговарајућих механизама за олакшавање претходног сношења трошкова, што би потенцијално могло довести до злоупотреба. Питање је да ли ново решење решава наведене проблеме.

Може се закључити да се наш законодавац определио искључиво за заштиту колективних интереса грађана, али не и за заштиту суме индивидуалних интереса и то од стране органа управе.[31] Тако је било и по претходном закону. ЗЗП 2010. је садржао овлашћење удружења за покретање поступка „забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима“.[32] Тако би поред индивидуалне заштите била остварена и регулаторна функција тако што би били заштићени како садашњи, тако и будући уговарачи на страни потрошача, а не и суме индивидуалних интереса. Колективизацијом остаривања права на накнаду штете је, поред тога, могла бити остварена и заштита суме индивидуалних интереса, за шта се наш законодавац, као ни већина законодаваца у европскоконтиненталним правима није определио.[33]

ЗЗП 2014. у чл. 153 садржи одредбу по којој покретање или вођење поступка за заштиту колективног интереса не спречава потрошача коме је проузрокована штета да покрене пред надлежним судом поступак за накнаду те штете или да пред надлежним судом покрене поступак за поништај или утврђивање ништавости уговора, односно да пред судом покрене било који други поступак захтевајући остварење својих права. Ова одредба се чини вишком у ЗЗП-у имајући на уму да антиципира правне односе регулисане другим законима, а отвара и питање дејства одлуке управног органа у парничном поступку и обрнуто.

Неки правни системи предвиђају да се у поступцима колективне заштите не остварује задовољење индивидуалних захтева за накнаду штете, већ да се досуђује одређена симболична сума која би служила унапређењу положаја потрошача, реч је о накнади штете због повреде колективног интереса.

Тако, за разлику од немачког, организациона тужба у француском праву даје овлашћење различитим удружењима (за заштиту животне средине, животиња, потрошача) и на подношење тужбе за накнаду штете за повреду колективног интереса.[34] Реч је о оној штети коју је претрпео „колективни интерес“ кога удружење заступа. Како овај појам захтева за накнаду штете није објашњен француским за-

[31] Уз све претходно наведене недоумице око одређивања појма колективног интереса у ЗЗП у 2014. и препоруку за тумачење законске дефиниције, вид. горе под 1.

[32] Чл. 137, ст.1, тач. 1 ЗЗП 2010.

[33] Занимљиво је приметити у нашем праву усамљену одредбу чл. 43, ст. 3 у вези са чл. 43, ст. 1, тач. 6 Закона о равноправности полова, *Службени гласник РС,* бр. 104/09, којом је могуће механизмом колективне заштите истаћи захтев за накна ду штете.

[34] Harald Koch, „Die Verbandsklage in Europa“, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht 4/2000*, 420.

коном, досуђивана је често симболична накнада штете, која је служила одавању признања иницијативи удружења и накнаду његових трошкова.[35] Временом се износ накнаде штете све више повећавао.[36] И грчко право овлашћује удружења да поднесу захтев за накнаду штете у тужби коју би поднели у јавном интересу, али досуђену суму новца могу утрошити само у друштвено корисне сврхе и то према упутству министра.[37]

ЗЗП 2010. у чл. 146 је предвиђао нешто потпуно другачије. Ако трговац против којег је донета правноснажна судска одлука по захтеву из чл. 137 тог закона,[38] не поступи по тој одлуци у остављеном року, свако лице које има за то оправдани интерес, може да поднесе суду захтев за доношење мере одузимања противправно стечене користи. Наплата новчаног износа мере врши се у корист буџета Републике Србије. Реч је о накнади за противправно стечену корист, која се плаћа и у случају неизвршења у парничном року пресуде по тужби којом је захтевано одузимање противправно стечене користи. Дакле, ова мера се примењује само уколико трговац није поступио по пресуди. Нема информација о томе да је ова мера била примењена у нашем правном систему, односно да се показала као ефикасна.

4. ОВЛАШЋЕЊЕ ЗА ПОКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА

Овлашћење за заштиту колективних интереса грађана у упоредном праву дато је различитим субјектима, најчешће удружењима потрошача, али и државним органима, као и другим субјектима, који су у одређеном правном систему најзаинтересованији за ефикасну заштиту интереса потрошача. Како би се обезбедила заштита колективних интереса као трансиндивидуалних, потребно је заштиту поверити субјекту који ће најбоље штитити колективне интересе, односно који ће на такву активност бити мотивисан. Заштита је најчешће поверена удружењима потрошача, државним органима, али и неким субјектима који су специфично задужени за заштиту права потрошача у односном правном систему. Тако је у Холандији

35 *Ibid.*

36 Уставни суд РС је навео да би одредба закона којом би право на накнаду штете чију би висину по слободној оцени утврдио суд, била неуставна зато што би се тиме делови овлашћења законодавца преносили на судску власт, те да би таквом регулацијом биле занемарене одредбе ЗПП а које се тичу правила о терету доказа, као и одредбе Закона о облигационим односима које се односе на институт накнаде штете, Одлука IУз 51/2012, *Службени гласник РС*, бр. 49/13, 60.

37 H. Koch, 419 421.

38 Дакле, иако је захтев поднео потрошач, и када је поднело удружење.

овлашћен посебан субјект специјализован за заштиту потрошача (*Consumentenautoriteit*).[39]

Како су колективна права трансиндивидуална права (и свачија и ничија), потребно је обезбедити механизме којима би се водило рачуна о њиховој заштити и механизме којима се мотивишу овлашћени субјекти на покретање поступка за заштиту права која су трансиндивидулна.

То се у упоредном праву код инструмената колективне заштите (инструменти парничног поступка) неретко обезбеђује тако што се процесна легитимација даје великом броју субјеката, а и сам механизам колективне заштите је такав да се њиме обезбеђује често мотивација овлашћених субјеката да покрену поступак.[40]

Према ЗЗП 2010. на подношење организационе тужбе нису били овлашћени различити субјекти већ једино удружења и њихови савези који испуњавају услове прописане законом. Напомињемо да нема података да је ова врста тужбе заживела.

Чл. 130, ст. 1, тач. 1 ЗЗП-а 2010. било је прописано да су удружења у смислу тог закона овлашћена на покретање судског поступка. Чл. 129, ст. 1, тач. 2 било је прописано да министарство води евиденцију удружења и савеза који заступају колективне интересе потрошача, а чл. 130, ст. 1, тач. 2 ЗЗП-а 2010. било је прописано да су удружења или савези евидентирани у складу са чл. 129 истог закона овлашћени да заступају интересе потрошача у поступцима судског и вансудског решавања потрошачких спорова.

Како потрошачки спор може бити индивидуални и колективни,[41] то је удружење које је регистровано у складу са чл. 129 ЗЗП-а 2010. било овлашћено на покретање поступка за заштиту колективних права и интереса потрошача.

ЗЗП-ом 2010. било је предвиђено да то удружење мора имати минимално 50 чланова. Остали услови које је удружење требало да испуни да би било овлашћено на покретање поступка су услови који се односе на уредно оснивање и регистрацију у складу са Законом о удружењима, као и на дефинисање њихове области остваривања циљева прописивањем да удружења заступају колективне интересе потрошача и да штите и унапређују интересе потрошача давањем

[39] Bert Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon 2011, 452 455.

[40] На пример у француском праву где је сам поступак за зашиту колектив ног интереса тако конципиран да суд на име накнаде штете за повреду колективног интереса досуђује симболичан износ удуржењу потрошача које је било на страни тужиоца, вид. H. Koch, 420.

[41] А. Јакшић, *Грађанско процесно право,* Београд 2012, 704.

савета и пружањем помоћи потрошачима у остваривању њихових права.

Наведени услови могу се сматрати захтевима који су постављени да би се проверила законита устројеност удружења.

С друге стране, захтев за минималним бројем чланова (50), као и захтев за тим да удружења морају располагати одговарајућим кадровским капацитетима с професионалним знањем и вештинама су захтеви којима се може проверити озбиљност удружења.

Ипак, ЗЗП-ом 2010. није био предвиђен услов да удружења морају бити основана на дуже време, већ се везано за време постојања удружења примењивао општи режим Закона о удружењима према коме удружења могу бити основана на одређено или на неодређено време,[42] а минимално време на које морају бити основана није било прописано.

Као услов који су морала да испуне удружења да би била уписана на листу код министарства и да би била овлашћена на покретање поступка за заштиту колективних права и интереса, била је прописана забрана да удружења примају бесповратна средства од трговаца и удружења трговаца, осим пружања услуга уз накнаду (нпр. обука и сл.).

Поред тога чл. 127, ст. 3 ЗЗП-а 2010. било је предвиђено да руководећи положај у органима управљања удружења и савеза чија је област остваривање циљева заштите потрошача, не може имати: (i) државни службеник и службеник у јединицама локалне самоуправе који су запослени у министарству, (ii) лице на руководећем или надзорном положају код трговца или удружења трговаца, лице на руководећем или надзорном положају у политичкој странци или синдикату.

Чини се да је могао бити прописан и услов да удружења буду основана неко дуже време, те да би се тако предупредило евентуално оснивање удружења само да би тужба била поднета против неког привредног друштва, а да при том чланови удружења нису били довољно обучени ни стручни за остваривање сврхе удружења, или да не постоји озбиљна намера за заштитом потрошача, већ да би удружење могло служити остваривању других циљева.

Ако проверу услова извршимо према минималним критеријумима које је поставио Миклиц (удружење мора имати стабилну структуру са сталним местом обављања делатности, да буде одређене минималне величине, да буде основано на неодређено време, да му је статутом предвиђена одређена делатност као и да је независно од

[42] Чл. 6. Закона о удружењима, *Службени гласник РС*, 51/09 и 99/11.

трговаца[43]), у сваком случају недостаје испуњене захтева да удружења морају бити основана на неодређено време.

Према новом ЗЗП-у 2014. на покретање поступка за заштиту колективних интереса у управном поступку овлашћено је министарство надлежно за послове заштите потрошача, које сагласно чл. 146, ст. 1 ЗЗП-а 2014. покреће и води поступак заштите колективних интереса по захтеву овлашћеног лица или по службеној дужности. Чл. 147 ЗЗП-а 2014. је изричито издвојено да евидентирана удружења, односно савези у складу са наведеним законом могу да поднесу захтев за заштиту колективних интереса потрошача. Нејасно је зашто закон посебно издваја удружења потрошача у односу на остале субјекте који би могли да поднесу иницијативу за покретање поступка од стране министарства.

Како по претходном закону није заживела заштита колективних интереса потрошача од стране удружења потрошача, време ће показати да ли ће се надлежно министарство више ангажовати око покретања поступка.

Управо зато што су удружења потрошача била недовољно активна у подношењу тужбе, најбоље решење би било да се не искључују међусобно ове две врсте субјеката овлашћених за покретање поступака за заштиту колективних интереса потрошача, већ да су на покретање поступка овлашћени и једни и други субјекти. За остваривање те идеје је, наравно, потребно модификовати постојећи механизам за заштиту колективних интереса грађана како би се побољшао рад на заштити колективних интереса потрошача.

5. ОДРЕЂЕЊЕ ЗАХТЕВА КОЈИ СЕ МОЖЕ ПОДНЕТИ У ПОСТУПКУ

Према ЗЗП-у 2010. су у поступку за заштиту колективних интереса грађана, удружења потрошача била овлашћена на подношење тужбе са захтевом за забрану неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима. Уколико не успе у овом поступку, тужени престаје да користи одређене неправичне уговорне одредбе које је до правноснажности решења поступка за заштиту колективних права и интереса грађана користио. Доношењем овакве пресуде имају користи сви потрошачи туженог, како садашњи, тако и будући, јер је дошло до промене праксе на тржишту.

---

[43] Hans W. Micklitz, „Legal redress“, *Howells Gernait, Micklitz Hans W, Wilhelmsson Thomas*, *European Fair Trading Law, The Unfair Commercial Practices Directive*, Hampshire 2006, 228.

Заштита колективних интереса грађана је, сагласно одредбама ЗЗП-а 2014. проширена у смислу да обухвата не само забрану неправичних уговорних одредаба, него и забрану непоштене пословне праксе. На оба наведена начина остварује се апстрактна контрола што и треба да буде предмет поступака за заштиту колективних интереса грађана, па је ово решење добро.

Поред тога, предвиђено је да заштита колективних интереса подразумева и заштиту сваког другог права гарантованог ЗЗП-ом, уколико је повређено право бар десет потрошача.[44] Иако је сам опсег заштите проширен у односу на претходни закон, мере које може да изрекне орган управе сагласно чл. 150 ЗЗП-а 2014. како би колективни интерес потрошача био заштићен, изгледно блаже него што би била судска пресуда.

6. ЗАКЉУЧАК

Одредбе ЗЗП-а 2014. о заштити колективног интереса потрошача су кључно различите од одредаба ЗЗП-а из 2010. имајући на уму да је уместо парничног предвиђен управни поступак за заштиту колективних интереса потрошача. ЗЗП 2014. дефинише колективни интерес потрошача, што не чине претходни закони којима је била регулисана колективна заштита. Анализом дефиниције садржане у ЗЗП-у 2014. долази се до закључка да је колективни интерес широко дефинисан, али и да дефиниција ствара дилему границе између колективног интереса и суме индивидуалних интереса. Овлашћење за покретање поступка је поверавањем заштите колективних интереса грађана поверено органу управе па је самим тим покретање поступка ограничено на једног субјекта. Ефикаснија заштита колективних интереса потрошача се свакако постиже када је на покретање поступка овлашћено више субјеката, што је у упоредном праву случај код неких инструмената заштите колективних интереса потрошача у парничном поступку. Најзад, ЗЗП 2014. проширујући појам колективног интереса, значајно проширује основе по којима се може тражити заштита колективних интереса потрошача, што је позитивна промена. Међутим, саме мере које може да изракне управни орган сагласно ЗЗП-у 2014, уколико утврди да је дошло до повреде колективног интереса потрошача, су благе.

Како одредбе ЗЗП-а 2010. о заштити колективних интереса потрошача нису заживеле у довољној мери у пракси, то је свакако било неопходно изменити одредбе којим је регулисана колективна заштита

[44] Проширење правне заштите колективних интереса је свакако позитивна промена у односу на претходни закон, али остају претходно наведене недоумице око тумачења, имајући на уму дефиницију колективног интереса.

потрошача, али начин на који је то учињено, као релативно усамљен у упоредном праву отвара бројна питања и недоумице. Време ће показати да ли Сектор за заштиту потрошача који је надлежан да води ове поступка (иако је заменио раније Одељење за заштиту потрошача) има институционални капацитет за овакав посао.

Branka Babović, LLM

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

LEGISLATIVE CHANGES IN THE FIELD OF CONSUMER COLLECTIVE REDRESS

Summary

Subject of this paper is the comparative analysis of the system of collective redress in the field of consumer protection contained in the Law on Consumer Protection from 2010 and the new Law on Consumer Protection from 2014. While the previous Law on Consumer Protection contained the provisions on collective redress in litigation proceedings, the new Law on Consumer Protection provided for collective redress in administrative proceedings.

Therefore, analysis of advantages and disadvantages of both systems is provided, limited to: (i) meaning of the collective interest, (ii) dispersion of the motion for collective redress in Serbian law and (iii) analysis of requests which could have been raised in the litigation proceedings and scope of protection granted in administrative proceedings.

Key words: *Collective redress. – Consumer protection. – Organizational claim. – Collective interest.*

УДК 347.922(37); 347.232

CERIF: H300

Валентина Цветковић-Ђорђевић, мастер*

КОНДИЦИОНА ОДГОВОРНОСТ У РИМСКОМ ПРАВУ

Кондикција представља тужбу која је настала у римском праву која је служила за повраћај ствари која се код туженог налази без правног основа (sine causa). Тужени је, по правилу, ствар стекао на основу чинидбе тужиоца којом му је она неосновано пренета у својину (datio). На основу кондикције тужени одговора за примљену ствар при чему се обим његове одговорности утврђује према тренутку стицања а не према тренутку покретања поступка. Тужени се обавезује да врати оно што је примио а не оно што од примљеног у тренутку утужења поседује. За разлику од римске кондиционе одговорности, у савременом праву обогаћени одговара за имовинску корист коју је неосновано стекао на било који начин при чему се обавезује да изврши повраћај у обиму који поседује у тренутку утужења. Иако се обим кондиционе и одговорности из обогаћења утврђује према различитим мерилима, узимање у обзир савесност туженог у одређеним случајевима води истим решењима. Савесно лице не одговара на основу кондикције уколико у време покретања поступка више не поседује примљену ствар нити њен сурогат, док се на темељу неоснованог обогаћења ослобађа одговорности ако у тренутку покретања поступка није више обогаћено. С друге стране, одговорност из обогаћења несавесног лица изједначава се са кондиционом одговорношћу јер тужени одговара за корист у обиму који постоји у тренутку њеног стицања а не у тренутку отпочињања парнице.

Кључне речи: *Кондициона одговорност. Одговорност из неоснованог обогаћења. Савесност.*

1. УВОД

Установа правно неоснованог обогаћења савременог права често се поистовећује с римском кондикцијом. Основна сличност огледа се

---

* Ауторка је асистенткиња Правног факултета Универзитета у Београду, *valentina cvetkovic@ius.bg.ac.rs*

у санкционисању стеченог без правног основа (*sine causa*). Међутим, и поред сродности ових установа, међу њима постоје значајне разлике које оправдавају њихово самостално правно постојање. Пре свега, обе установе настале су у различитим периодима. Кондикција је створена у античком римском праву,[1] док је јединствени институт правно неоснованог обогаћења настао крајем XIX века у немачком и швајцарском праву.[2] Потом, до примене кондикције по правилу долази онда када је једна страна извршила чинидбу другој страни која нема основа да задржи примљено.[3] Кондикција, дакле, служи за повраћај датог. За разлику од кондикције, правно неосновано обогаћење може настати не само чинидбом осиромашеног лица, већ и његовом

[1] Кондикција је проистекла из легисакције *per condictionem* која је служила за покретање судског поступка а која је уведена Силијевим законом (*lex Silia*) из 250. г. пре н.е. и Калпурнијевим законом (*lex Calpurnia*) из 200. г. пре н.е. Међутим, нема поузданих доказа за ово тврђење јер једини извор који непосредно говори о овој врсти легисакције представљају Гајеве Институције (IV, 17a 20). Постоје још неки извори који су временски старији од Гајевих Институција али се из њих само посредно може закључивати о карактеристикама и разлозима настанка легисакције *per condictionem.* Вид. Martin Freudenthal, *Zur Entwicklungsgeschichte der römischen Condictio*, Breslau 1911, 2 3.

[2] У упоредном праву материја правно неоснованог обогаћења регулисана је на различите начине. У старијим европским грађанским кодификацијама као што су Француски и Аустријски грађански законик не постоји јединствени институт прав но неоснованог обогаћења већ су различити институти који почивају на забрани неоснованог обогаћења регулисани на различитим местима у законику. Две основ не установе са дугом традицијом које непосредно санкционишу правно неосновано обогаћење су кондикција (*condictio*) и верзиона тужба (*actio de in rem verso*). Фран цуски грађански законик из 1804. године регулише основни кондикциони случај исплату недугованог (чл. 1376 1381), док је верзиону тужбу увела судска пракса крајем XIX века. Аустријски грађански законик из 1811. године на различитим ме стима прописује различите врсте кондикција (чл. 877, 1174, 1431, 1435). Поред тога, у чл. 1041 регулисана је верзиона тужба у облику који је она добила у општем праву (*ius commune*) као тужба из корисне употребе. Прекретница у уређивању материје правно неоснованог обогаћења наступила је у другој половини XIX века када су се једном општом нормом настојали регулисати сви случајеви правно неоснова ног обогаћења. Последица оваквог приступа је настанак јединственог института правно неоснованог обогаћења који је дошао до изражаја у Швајцарском закони ку о облигацијама из 1883. године и Немачком грађанском законику (*Bürgerliches Gesetzbuch* BGB) из 1900. године. Вид. Владимир Капор, *Обогаћење без основа* (необјављена докторска дисертација), Београд 1951, 25 27. Законом о облигацио ним односима у домаће право уведен је јединствен институт правно неоснованог обогаћења под називом „Стицање без основа" (чл. 210 219 Закона о облигационим односима ЗОО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 Уставна повеља). Важна специфич ност српске регулативе огледа се у томе што се не предвиђа могућност туженог који је био савесно лице да се брани приговором нестанка обогаћења.

[3] Изузетак представљају фрагменти D.12.1.4.1; D.12.1.23; D.25.2.25; D.25.2.6.4. у којима се кондикција додељује *sine datione.* О осталим случајевима у којима се додељивала кондикција иако није постојала *datio* вид. Sonja Heine, *Condictio sine datione*, Berlin 2006, 56 и даље.

радњом која не представља престацију као што је нпр. случај када једно лице погрешно верује да се ради о његовом земљишту па на њему изгради објекат. Осим тога, неосновано обогаћење може настати и радњом обогаћеног лица, радњом трећег лица или природним догађајем. Овом установом утужује се имовинска корист која је неосновано остварена на било који начин на терет тужиоца.[4] Трећа основна разлика тиче се правила на основу којих се процењује обим одговорности. У даљем раду разматрају се правила која важе за утврђивање кондикционе одговорности, као и њихово поређење са правилима о одговорности из правно неоснованог обогаћења.

2. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ ИЗ ПРАВНО НЕОСНОВАНОГ ОБОГАЋЕЊА

За утврђивање одговорности из обогаћења треба доказати да је имовина туженог веће вредности у односу на ону која би била да није дошло до неоснованог стицања и да је до тога дошло на терет имовине тужиоца. Притом, није од значаја да ли се у имовини обогаћеног још увек налази конкретан предмет стицања који је довео до увећања његове имовине или не. Уколико се докаже обогаћење које је у корелативној вези[5] са осиромашењем, тужени се обавезује на реституцију чији обим зависи од тога да ли је он савесно лице. Ако је тужени био савестан (веровао је у основаност и коначност свог стицања), биће обавезан на повраћај у обиму у коме обогаћење постоји у тренутку подизања тужбе односно у тренутку када је дознао за неоснованост свог стицања. Отуда, уколико у време покретања поступка обогаћења више нема, тужени који је до тада био савестан биће ослобођен од одговорности (тзв. *Wegfall der Bereicherung*).[6]

[4] Вид.Christian Michael Kaehler, *Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht*, Bielefeld 1972, 17 и даље.

[5] Обогаћење мора бити у корелацији са осиромашењем тако да оно што за једну страну представља обогаћење, за другу представља осиромашење. Елемент корелације изражава се тиме што обогаћење наступа „на терет" или „на рачун" осиромашеног лица. Тако је нпр. у Немачком грађанском законику (чл. 812, ст. 1) овај елемент изражен речима: „Ко чинидбом другога или на други начин на рачун другога без правног основа нешто прибави...", слична формулација налази се и у Швајцарском законику о облигацијама (чл. 62): „Ко се без основа обогатио на рачун другога...", док у Закону о облигационим односима (чл. 210, ст. 1) стоји: „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица..."

[6] Чл. 818, ст. 3 BGB и чл. 64 Швајцарског законика о облигацијама. Осло бођење од одговорности због нестанка обогаћења прописују још нека права попут португалског (чл. 479, ст. 2, чл. 480 Португалског грађанског законика), мађарског (6:579, ст. 2 Мађарског грађанског законика) и естонског (чл. 1033, 1035, 1038 За

Смисао овог решења огледа се у томе да савесном лицу треба пружити могућност истицања приговора о смањењу односно нестанку обогаћења (ствар је пропала, уништена, потрошена, доброчино је њоме располагано, и др.). На пример, тужени који је примио поклон којим је даље бестеретно располагао може се бранити приговором о нестанку обогаћења. Да би тужени могао да се брани чињеницом о нестанку свог обогаћења неопходно је да је био савестан у време када је дошло до нестанка обогаћења. Савесност подразумева да је тужени оправдано веровао у основаност и коначност свог стицања. Уколико је био несавестан (знао је да је корист стекао без правног основа или да стицање није коначно), не може се бранити приговором смањења односно нестанка обогаћења.[7]

Да би се искључила реституција није довољно да је тужени био савестан већ је неопходно да је дошло и до нестанка обогаћења. Ако је тужени који је био савестан теретно располагао предметом користи, може још увек бити обогаћен за вредност коју је примио на име располагања. Тужени који је продао правно неосновано стечену ствар биће обогаћен у износу купопродајне цене. Стога, чак и да је тужени савесно лице, мора се утврдити да ли у његовој имовини постоји сурогат стеченог предмета који је добијен на име располагања предметом обогаћења (најчешће тако што га је продао).[8] Уколико постоји, неће се сматрати да је дошло до нестанка обогаћења, већ је само дошло до замене једног предмета другим, те је обогаћени дужан да преда сурогат који се углавном састоји у исплати новчане вредности. Тужени који је био несавестан строже одговара.[9] Он се не може служити приговором смањења или нестанка свог обогаћења, те одговара и када није више обогаћен. Уколико је у време остваривања користи био несавестан, обим његове одговорности процењује се према тренутку стицања а не према тренутку подизања реституторног захтева.

кона о облигацијама Естоније). У енглеском праву одлука Дома Лордова у случају *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*[1991] 2 AC 548 била је пресудна за уважавање одбране туженог о нестанку обогаћења (*change of position*). Вид. Robert Goff, Gareth Jones, *The Law of Unjust Enrichment*, London 2011, 14.

7 Чл. 819, ст. 1 BGB.

8 Чл. 818, ст. 1 BGB: „Обавеза на повраћај простире се на вучене користи, као и на оно што прималац прибави на основу добијеног права или као накнаду за поништај, оштећење или одузимање добијеног предмета." Превод Чедомир Марковић, *Општи део тражбеног права. Одговарајући текстови Француског, Немачког и Швајцарског грађанског законика*, Београд 1925, 119.

9 Немачки законодавац у чл. 819, ст. 1 BGB објашњава када се стицалац сматра несавесним: „Ако прималац при пријему зна за оскудицу правног основа или ако за њу дозна доцније, од пријема или од сазнања одговоран је за повраћај, као да је у то време почео спор за повраћај". *Ibid.*, 120.

3. ОБИМ ОДГОВОРНОСТИ У КОНДИКЦИОНОМ ПРАВУ

Поистовећивање кондиционе и одговорности из неоснованог обогаћења нашло је упориште у романистичкој литератури.

Када се ради о кондикцији класичног права, нема сумње да она није била ограничена на постојеће обогаћење туженог.[10] У класичном праву примењивала се апстрактна формула кондикције која је била усмерена на тачно одређену суму новца (*certa pecunia*) или тачно одређену ствар (*certa res*) те није могла садржати додатке попут ограничења на износ постојећег обогаћења.[11] Осим тога, правила *pluris petitio* која су важила у формуларном поступку такође су била препрека захтеву да тужени одговара за преостало обогаћење. Због тога се од кондикционог дужника захтевало да изврши повраћај примљене ствари без обзира на то да ли се у време литис контестације (*litis contestatio*) још увек налази у њеном поседу. С укидањем формуларног поступка у IV веку, нестали су процесни разлози који су били запрека одмеравању преосталог обогаћења. Стога су, по мишљењу владајућег става у романистици, Јустинијанови компилатори примењивали начело по коме се на основу кондикције одговара за износ постојећег обогаћења.[12]

Поборници става по коме је Јустинијаново кондикционо право као општи принцип познавало одговорност за постојеће обогаћење пошли су од фрагмента D.12.6.26.12[13] у коме Улпијан говори о томе да, уколико је извршена недугована предаја роба кога је прималац *sine fraude,* тј. савесно продао за нижу цену (*modico distraxisti*), он ће бити обавезан да даваоцу преда само оно што му је од цене преостало.[14] [15]

---

[10] Вид. Hubert Niederländer, *Die Bereicherungshaftung im Klassischen Römischen Recht*, Weimar 1953, 1.

[11] Вид. Werner Flume, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Tübingen 2003, 53; Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 614; Cesare Sanfilippo, *Condictio indebiti Il fondamento dell' obbligazione da indebito*, Milano 1943, 73; Ulrich von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin 1952, 21.

[12] Вид. U. von Lübtow, 20; C. Sanfilippo, 57; Fritz Schwarz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen Römischen Recht*, Münster Köln 1952, 307.

[13] D.12.6.26.12 *Ulpianus libro 26 ad edictum:...hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes...*

[14] Kaser и Lübtow сматрају да је фрагмент интерполисан. Истог мишљења је и Niederländer који истиче да се у прилог некласичности фрагмента може истаћи неуобичајени начин формулације за класично право. Наиме, класични правници су одговорност у погледу постојећег обогаћења означавали изразом *quanto locupletior factus est* док се у поменутом фрагменту среће израз *quod ex pretio habes*. Вид. Max Kaser, *Quanti ea res est*, München 1935, 117 119; U. von Lübtow, 51; H. Niederländer, 6.

[15] Lübtow сматра да се у класичном праву није вршила предаја купопродајне цене већ се плаћала објективна вредност отуђене ствари. Вид. U. von Lübtow, 71 77.

На доношење оваквог закључка утицало је схватање формирано још у општем праву (*ius commune*) по коме је Јустинијаново право узимало у обзир обогаћење које постоји у тренутку покретања поступка. Проучавајући Јустинијанову кодификацију правници општег права наилазили су на фрагменте у којима се говори о одговорности за постојеће обогаћење.[16] Осим тога, у Кодификацији се срећу и фрагменти према којима кондикциони дужник одговара на основу доброг и правичног (*bonum et aequum*), природног права (*ius natura*), правичности (*aequitas*) и сл.[17] Узимајући ове фрагменте у обзир а нарочито максиму *natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* (D.12.6.14) правници општег права закључили су да је кондикциона одговорност Јустинијановог права усмерена на постојеће обогаћење.[18] Наиме, „добро и правично" налажу да одговорност буде усмерена само на преостало обогаћење.

У науци постоји и супротан став по коме кондикциона одговорност у Јустинијановом праву није била ограничена на постојеће обогаћење.[19] Тако је у фрагменту D.12.6.26.12 израз *quod ex pretio habes* употребљен не у значењу „шта је од цене преостало" већ „шта као цену имаш".[20] Тиме се желело истаћи да се у случају савесног отуђења уместо примљене ствари враћа њен сурогат који се огледа у купопродајној цени.[21] Штавише, наведени израз управо је доказ да је кондикциона одговорност била усмерена на повраћај примљеног а не на преостало обогаћење. Уколико тужени не може да врати конкретно примљену ствар, обавезује се да преда њен сурогат. Да су компилатори у фрагменту D.12.6.26.12 туженог хтели да обавежу на предају преосталог обогаћења (оног што од примљене цене поседује у тренутку подизања тужбе) они би употребили израз *in quantum locupletior factus est* који је карактеристичан за одговорност за постојеће обогаћење.[22] Мало је вероватно да су компилатори огра-

[16] Одговорност за постојеће обогаћење јавља се само у једном уском пољу случајева код којих је она означена изразом *quanto locupletior factus est*. Ради се о одговорности жена и малолетника *sui iuris* који су послове склопили без одобрења тутора. Вид. H. Niederländer, 76 81. Осим тога, ограничено до износа постојећег обогаћења одговарао је и савесни држалац наслеђа али не на основу кондикције већ на основу наследничке тужбе *hereditatis petitio* (D.5.3.20.6c). Вид. W. Flume, 38 48.

[17] D.12.1.32; D.12.4.3.7.

[18] W. Flume, 53.

[19] W. Flume, 27; H. Niederländer, 7.

[20] W. Flume, 29.

[21] Вид. W. Flume, 28. Heine сматра да термин *pretium* у овом фрагменту не означава купопродајну цену већ вредност роба. Стога израз *quod ex pretio habes* тре ба тумачити тако да је тужени дужан предати оно што је од вредности роба примио а то је купопродајна цена. Њен закључак се, дакле, своди на исти онај до ког је до шао Flume. Вид. S. Heine, 91.

[22] Вид. W. Flume, 29.

ничену одговорност на постојеће обогаћење проширили на све кондикционе случајеве. Напротив, да је то био случај у Јустинијановој кодификацији не би имало потребе посебно разматрати одговорност малолетника и жена *sui iuris* наглашавајући да они одговарају за постојеће обогаћење.[23]

Код савремене одговорности из обогаћења нагласак је на имовинској користи неосновано оствареној на терет тужиоца. Тужени се уз испуњење одређених услова може ослободити одговорности уколико у време подизања тужбе није више обогаћен. Код кондикције санкционише се неосновано стицање а не неосновано остварена имовинска корист. Наиме, неосновано стечено по правилу представља имовинску добит. Међутим, битан елемент кондикције није остварена корист, те њена примена не претпоставља одмеравање и упоређивање имовине тужиоца и туженог пре и после наступања кондикционог случаја као што је правило код неоснованог обогаћења. Тужени (кондикциони дужник) примарно је обавезан да врати ствар коју је примио. С друге стране, тужени због правно неоснованог обогаћења може бити примарно обавезан на новчану реституцију.[24]

За кондикцију *indebiti* Помпоније каже (D.12.6.7): *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur*.– „Када је у заблуди извршена исплата недугованог, враћа се или исто или исто толико". Другим речима, тужени је дужан да врати исту ствар коју је примио или исту врсту ствари у истој количини и истог квалитета као што је била она коју је примио. Према томе, прави се разлика између ствари које су индивидуално одређене (*species*) и замењљивих ствари (*genera*).

Уколико се ради о тачно одређеној ствари (*species*), враћа се иста ствар. Тужилац тада сноси ризик погоршања ствари будући да она може бити мање вредности у тренутку повраћаја него што је била у тренутку у коме је ствар тужени примио.

Ако индивидуално одређену ствар није могуће у натури вратити, тужени се обавезивао на предају њеног сурогата. У фрагменту

---

23 *Ibid.*, 46.

24 Традиционална енглеска правна средства за спречавање неоснованог обогаћења представљају квазиконтракти (*quantum valebat*, *quantum meruit*, *money had and received*) на основу којих се тужени увек обавезује на плаћање новчаног износа. Стога, иако је тужилац предао ствар туженом, овај се обавезује на плаћање њеног новчаног еквивалента (*quantum valebat*). Овакво решење по коме се тужени примарно обавезује на новчану реституцију објашњава се пореклом енглеских ква зиконтраката који су настали због ригидности контрактног система који је захтевао да споразумом буду обухваћени сви елементи уговора. С обзиром на то да контракт због одређеног недостатка није настао, није било могуће започети парницу којом би се захтевало испуњење споразума. Међутим, уколико је на основу споразума (који није обухватио све елементе потребне да би настао контракт) једна страна извршила своју обавезу, њој је признато право на одговарајућу накнаду у висини извршене престације. Вид. Paolo Gallo, *L'arricchimento senza causa*, Padova 1990, 41 и даље.

D.12.1.23 говори се о савесном отуђењу роба до кога је дошло стога што је продавац, иначе државаоц роба, погрешно веровао да му је роб остављен виндикационим легатом а у стварности је роб био остављен другом лицу.[25] Према Јулијановом мишљењу у случају да роб умре, прави легатар може подићи кондикцију против продавца за износ купопродајне цене.[26] С обзиром на то да је власник роба прави легатар он би, да је роб још увек жив, могао да подигне реивиндикациону тужбу против купца. Међутим, смрћу роба, могућност подизања реивиндикационе тужбе се гаси, те прави легатар може једино да се обрати путативном легатару и од њега захтева реституцију примљене цене путем кондикције *pretii*. С обзиром на то да се не може извршити повраћај роба на његово место ступа друга ствар – купопродајна цена. До предаје сурогата долази када примљену ствар (*species*) није могуће у натури вратити, услед чега се предаје оно што је ступило на њено место.[27] Принцип сурогата примењује се да би одговорност туженог наставила да постоји будући да он не може вратити ствар коју је примио.

Када су у питању замењиве ствари (*genera*) кондикциони дужник обавезан је да преда исту врсту ствари у истој количини и истог квалитета као што је била она коју је неосновано примио. Међутим, у нескладу са D.12.6.7 налази се фрагмент који говори о потрошњи замењивих ствари. Тако према D.12.6.65.6[28] у случају

[25] D.12.1.23 *Africanus libro secundo quaestionum: Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.*

[26] Niederländer сматра да је фрагмент интерполисан јер изостаје *datio* која је у класичном праву била услов примене кондикције. Обавеза предаје сурогата је ипак класична само је врста тужбе интерполисана. Вид. H. Niederländer, 3. Lübtow такође сматра да је Јулијанова одлука интерполисана. По њему, изворно је додељивана пре торска *actio in factum* која је била усмерена на вредност отуђене ствари. Кондикција није долазила у обзир стога што се за њену примену захтевала *datio* које овде није било. Компилатори су уместо преторске тужбе *in factum* доделили кондикцију при чему под изразом *pretium* нису разумели вредност роба већ купопродајну цену што је било у складу са њиховим схватањем о неоснованом обогаћењу. U. von Lübtow, 75. Другачије схватање заступа Heine по којој се кондикција изузетно примењивала и у случајевима у којима није постојала *datio.* Фрагмент D.12.1.23 представља пример доделе кондикције у ситуацији у којој тужени (путативни легатар) није стекао ствар у својину на основу чинидбе тужиоца (правог легатара). Вид. S. Heine, 86 87.

[27] У случају савесне потрошње замењивих ствари тужени се не ослобађа одговорности. Напротив, савесна потрошња индивидуално одређене ствари (*species*) као и њена случајна пропаст искључују примену кондикције. За разлику од случајева потрошње и пропасти ствари, у ситуацији у којој је тужени отуђио ствар у почетку је и даље био обавезан на њен повраћај све докле год она физички постоји. Касније (у доба Јулијана и Африкана (D.12.1.23)), тужени се, у случају савесног отуђења ствари која потом физички престане да постоји (роб умре), осуђује на исплату примљене купопродајне цене. Вид. H. Niederländer, 3 4.

[28] D.12.6.65.6 *Paulus libro 17 ad Plautium*: *In frumento indebito soluto et bonitas est et, si consumpsit frumentum, pretium repetet.*

предаје недугованог жита узима се у обзир његов квалитет стога што се прималац, који га је потрошио, обавезује да плати његову вредност (*pretium repetet*).[29] Овакво решење делује нелогично када се доведе у везу с општим правилом *genera non pereunt* по коме случајна пропаст замењивих ствари не доводи до ослобођења дужника од одговорности већ је он обавезан да преда ствар исте врсте, количине и квалитета као што је била она која је пропала.[30] Према томе, дужник коме је без његове кривице и делања пропала замењива ствар обавезан је на натуралну реституцију, док дужник који је потрошио такву ствар има обавезу да плати њену новчану вредност, тј. да изврши новчану реституцију. Осим тога, и у случају зајма, који је због сличности по настанку упоређиван са исплатом недугованог, враћала се истоврсна ствар.[31] Стога се чини вероватнијим да је у класичном праву у случају потрошње замењивих ствари кондикција имала за предмет натуралну реституцију а не плаћање новчане вредности због чега не треба искључити могућност да је фрагмент D.12.6.65.6 интерполисан.[32]

Кондикциона одговорност Јустинијановог права није узимала у обзир нестанак обогаћења туженог већ је он одговарао због неоснованог стицања без обзира на то да ли у тренутку подизања тужбе још увек поседује неосновано стечену ствар. Ако тужени не поседује ствар која се потражује, биће обавезан на предају друге ствари (сурогата) коју је уместо ње, евентуално, примио. Примена принципа сурогата доводи до блаже одговорности туженог једино уколико је друга ствар мање вредности од оне на чије место је ступила (купопродајна цена је нижа од објективне вредности продате ствари). Па ипак, обавеза предаје сурогата не може се сматрати зачетком савремене идеје о одговорности за постојеће обогаћење.[33] Сурогат ступа на место примарно стечене ствари коју због фактичких или правних разлога

---

[29] Lübtow сматра да је у оригиналном тексту постојало разликовање између савесне и несавесне потрошње. Ако је прималац био савестан у тренутку стицања жита које је потом савесно потрошио, био је дужан да плати његову вредност. С друге стране, у случају несавесне потрошње тужени је плаћао накнаду штете. За компилаторе је разлика између савене и несавесне потрошње била беспредметна. Они су сматрали да је без обзира на своју савесност потрошњом жита наступила конзумпција вредности за коју је тужени обогаћен. Отуда је он, чак и да је био саве стан, дужан да плати његову вредност. Вид. U. von Lübtow, 80. Супротно W. Flume, 33.

[30] H. Niederländer, 6.

[31] Gaius, *Institutiones* (III, 91).

[32] Упор. U. von Lübtow,79.

[33] Niederländer сматра да је неосновано схватање по коме ослобођење од од говорности због нестанка обогаћења своје корене има у принципу сурогата. Овај принцип почива на идеји економског еквивалента због чега купопродајна цена по правилу одговара објективној вредности ствари. Вид. H. Niederländer, 5.

није могуће вратити. Одговорност за постојеће обогаћење полази од потребе заштите савесног лица које се обавезује на повраћај имовинске користи коју поседује у тренутку сазнања о неоснованости свог стицања. Битан елемент савремене одговорности из обогаћење јесте остварена имовинска корист која се правно не може оправдати. За разлику од ње, кондикциона одговорност не заснива се на повраћају остварене користи већ на повраћају примљеног без правног основа (*sine causa*). Елемент користи код неоснованог обогаћења преузет је из једне друге установе римског права – верзионе тужбе (*actio de in rem verso*).[34] Спајањем елемената верзионе тужбе (*versum*) и кондикције (*sine causa*) створена је општа тужба која карактерише савремену установу неоснованог обогаћења и која начелно санкционише свако правно неосновано остварење користи.[35]

Међутим, иако за кондикциону одговорност не важи начелно правило о обавези повраћаја примљеног у обиму који постоји у тренутку утужења, до истог практичног решења долази се у одређеним случајевима применом правила о савесности туженог. Наиме, извори показују да су римски правници водили рачуна о савесности туженог.У ситуацији у којој није било могуће извршити повраћај примљене ствари (*species*) нити њеног сурогата савесно лице ослобађало се обавезе плаћања њеног новчаног еквивалента.

У римском праву кондикција се због своје апстрактне формуле примењивала на разноврсна чињенична стања у која спада и поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*).[36] Поклонодавац који оздрави могао је подићи кондикцију којом би захтевао повраћај поклона који је учинио за случај смрти.[37] У фрагменту D.39.6.19[38] Јулијан разма-

[34] Верзиона тужба (*actio de in rem verso*) настала је у римском праву као једна од преторских адјектиционих тужби (*actiones adiecticiae qualitatis*) на основу којих је патерфамилијас одговарао за контрактне обавезе које су преузела њему потчињена лица. Поверилац лица *alieni iuris* или роба који своје потраживање није могао да на плати из пекулијума свог дужника, помоћу тужбе *de in rem verso* наплату је вршио из имовине дужниковог патерфамилијаса, под условом да је патерфамилијас имао ко рист од закљученог уговора која се огледала у вредности која је ушла у његову имо вину. Шеф породице одговарао је ограничено до висине те вредности (D.15.3.3.1), при чему није било потребно да она постоји и у време подизања тужбе (D.15.3.3.7; D.15.3.3.8). У чему се могла састојати корист која је санкционисана римскоправном верзионом тужбом вид. Tiziana J. Chiusi, *Die Actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001, 119 и даље.

[35] О општој тужби из неоснованог обогаћења вид. Валентина Цветковић Ђорђевић, „Општа тужба из неоснованог обогаћења", *Правни живот* том II 10/2013, 421 435.

[36] F. Schwarz, 166 169.

[37] D.39.6.35.3.

[38] D.39.6.19 *Iulianus libro 80 digestorum*: *Si filio familias res mortis causa data fuerit et convaluisset, donator actionem de peculio cum patre habet: at si pater familias,*

тра неколико ситуација у којима се јавља поклон за случај смрти. Најпре се ради о томе да је поклонопримац од почетка потчињено лице. Тако, ако је поклон за случај смрти дат сину који је *alieni iuris*, поклонодавац који оздрави може подићи тужбу *de peculio*[39] на основу које се синовљев патерфамилијас осуђује да врати предмет поклона. Поклонодавац не може подићи кондикцију против сина стога што се он налази под влашћу патерфамилијаса и нема своју имовину из које може извршити повраћај. Додела тужбе *de peculio* претпоставља да син поседује пекулијум, те се његов патерфамилијас обавезује на повраћај у обиму који не може прелазити вредност пекулијума. Следећа ситуација коју разматра Јулијан састоји се у томе што је у тренутку стицања поклона за случај смрти поклонопримац био патерфамилијас, тј. својевласно лице (*sui iuris*), али је накнадно усвојен, тако да је у тренутку када поклонодавац захтева повраћај поклона он потчињено лице (*alieni iuris*). Упркос томе што је поклонопримац претрпео *capitis deminutio minima*, поклонодавац има право да захтева повраћај предмета поклона. У фрагменту се не говори која врста тужбе у овом случају стоји на располагању поклонодавцу за повраћај поклона. Уколико је поклонопримац добио пекулијум, за повраћај поклоњене ствари поново долази у обзир *actio de peculio*.[40] Последња ситуација коју разматра Јулијан говори о томе да је поклонопримац, пре него што је поклонодавац захтевао повраћај, предметом поклона располагао. Поклон за случај смрти претпоставља да је поклонопримац постао власник поклоњене ствари због чега је његово располагање пуноважно. Поклонодавац стога нема право на реивиндикациону тужбу јер је изгубио својину на поклоњеној ствари још у тренутку када је учинио поклон. Међутим, поклонопримац је несавесно лице јер је био свестан да у случају поклонодавчевог оздрављења може бити дужан да врати поклоњену ствар. Из тог разлога Јулијан поклонодавцу додељује кондикцију којом може захтевати предају цене (уколико је ствар продао) или исплату вредности ствари (уколико је њоме бестеретно располагао). Како се у фрагменту

cum mortis causa donationem accepisset, in adoptionem se dederit, res ipsa a donatore repetitur. Nec huic similis est is, qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem, sed pretium eius condiceret.

39 *Actio de peculio* и *actio de in rem verso* спадају у преторске адјектиционе тужбе (*actiones adiecticiae qualitatis*) при чему није сасвим јасно у каквом односу су оне биле. Вид. Gaius, *Institutiones* (IV, 72a; IV, 74; IV, 74a). У Јустинијановим Институцијама (IV, 7.4b) изричито стоји да се ради о једној тужби са две различите кондемнације. Премда неки фрагменти (Gaius, *Institutiones* IV, 72a; D.15.3.5.2) упућују да се најпре утврђивало постојање користи на страни патерфамилијаса па тек уколико ње нема поверилац се намиривао из пекулијума потчињеног лица, постоје текстови који указују да је редослед испитивања судије био обратан, тј. да је утврђивање користи долазило у обзир само ако је било јасно да нема пекулијума или нема довољно средстава у њему (D.15.3.16; D.4.3.20; D.15.3.19).

40 Вид. S. Heine, 88 фн. 128.

само каже да је поклонопримац пренео ствар у својину (*dederit*), долази у обзир како теретно тако и бестеретно располагање. На основу тога произлази да се *condictio pretii* могла применити како за предају купопродајне цене тако и за исплату вредности ствари с обзиром на двозначност термина *pretium*.[41] У случају доброчиног располагања поклонопримац није добио ништа за узврат али, упркос томе, остаје одговоран за вредност поклоњене ствари. Разлог који не ослобађа туженог одговорности треба тражити у чињеници да је он несавесно поступао када је располагао поклоњеном ствари.

Следећи фрагмент који сведочи о томе да се о несавесности туженог водило рачуна јесте D.39.6.39.[42] Према Паулу, поклонопримац код поклона за случај смрти који је ослободио дарованог роба биће дужан на основу кондикције да поклонопримцу плати вредност роба. Упркос томе што је поклонопримац био свестан да у случају да поклонодавац оздрави може бити обавезан да врати роба, он га је ослободио и тако онемогућио натуралну реституцију. С обзиром на то да не постоји сурогат који је дошао на место роба, тужени је дужан да плати вредност поклоњене ствари.

Потом, према фрагменту D.39.6.37.1[43] уколико поклонодавац код поклона за случај смрти оздрави, може подићи кондикцију против поклонопримца који је у међувремену продао роба који је био предмет поклона и захтевати предају цене или реституцију роба. У случају пуноважног отуђења тужени предаје купопродајну цену коју је остварио. Уколико роб није пуноважно отуђен, тужени се обавезује да изврши реституцију роба. Наведени фрагмент управо сведочи да је кондикциона одговорност примарно била усмерена на повраћај примљеног. Тек уколико није било могуће извршити натуралну реституцију, тужени се обавезивао на предају сурогата.

У наведеним фрагментима тужени се обавезује на повраћај примљеног односно његовог сурогата. Ако нема сурогата, несавесно лице не ослобађа се одговорности већ је дужно да исплати вредност примљене ствари.

Вођење рачуна о савесности туженог среће се и код исплате недугованог (*solutio indebiti*). У фрагментуD.12.6.65.8[44] несавесни

---

41 Вид. U. von Lübtow, 79.

42 D.39.6.39 *Paulus libro 17 ad Plautium*: *Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit posse sibi condici, si convaluerit donator.*

43 D.39.6.37.1 *Ulpianus libro 15 ad legem Iuliam et Papiam*: *Iulianus ait: si quis servum mortis causa sibi donatum vendiderit et hoc vivo donatore fecerit, pretii condictionem donator habebit, si convaluisset et hoc donator elegerit. Alioquin et ipsum servum restituere compellitur.*

44 D.12.6.65.8 *Paulus libro 17 ad Plautium: Si servum indebitum tibi dedi eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius, si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti et ut hereditatem eius restituas.*

стицалац коме је недуговано предат роб ког је он потом ослободио обавезује се да даваоцу исплати вредност роба. Његова несавесност не процењује се према тренутку стицања роба већ према тренутку његовог ослобођења. Наиме, стицалац у тренутку ослобађања роба мора бити свестан да обавеза предаје роба није постојала, тј. да га је неосновано стекао.[45] Притом, он никако не сме бити несавестан у тренутку стицања роба јер би у противном извршио крађу па би се против њега могла подићи *condictio ex causa furtiva*[46] а не *condictio indebiti* као што је случај у овом фрагменту.[47] Међутим, уколико је прималац био савестан, он се ослобађа обавезе исплате вредности роба али је дужан да преда користи које као патрон стиче због извршене манумисије.

У свим наведеним фрагментима тужени остаје одговоран у обиму неосновано стечене ствари без обзира да ли у тренутку покретања поступка поседује ту ствар или њен сурогат. Разлог томе је његова несавесност. Код одговорности из неоснованог обогаћења у савременом праву тужени који је био несавестан такође се не ослобађа одговорности уколико је корист коју је остварио нестала. Несавесност у кондикционом праву може се манифестовати на различите начине у зависности од врсте кондикционог случаја. Тако, код кондикције за повраћај поклона за случај смрти тужени је несавестан стога што је предметом поклона располагао иако је био свестан да може бити обавезан на његов повраћај. Код кондикције *indebiti*, тужени је несавестан онда када је у тренутку располагања предметом стицања знао да га је неосновано примио. Уколико је у тренутку стицања знао да прима недуговано, чинио је крађу у ком случају се против њега подизала *condictio ex causa furtiva*. Код савременог института неоснованог обогаћења несавесност се такође огледа у томе што је обогаћени био свестан да неосновано стиче корист. Последица тога је да он одговара за корист коју је примио чак и да је она накнадно нестала.

Римски правници предмет неоснованог стицања нису анализирали у светлу имовинске користи која представља битан елемент одговорности из обогаћења. У том погледу постоји битна разлика између кондикционе и савремене одговорности из обогаћења. Па ипак, између њих постоји други важан заједнички елемент који се огледа у потреби заштите савесног туженог који на практичном нивоу води истом решењу према коме несавесно лице увек одговара за оно што је стекло а не за оно што поседује у тренутку утужења.

[45] Вид. S. Heine, 90.

[46] D.13.1.18 *Scaevola libro quarto quaestionum*: *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit...*

[47] Вид. S. Heine, 90 фн. 132.

Према томе, кондикционој и одговорности из обогаћења заједничка је не само неоснованост стицања већ и вођење рачуна о савесности туженог. У случају несавесног стицаоца кондикциона и одговорност из обогаћења се подударају.

4. ЗАКЉУЧАК

Савремени институт правно неоснованог обогаћења садржи елементе двеју римскоправних установа: кондикције и верзионе тужбе. Битан елемент кондикције јесте непостојање основа стицања (*sine causa*). Тужилац захтева повраћај датог стога што је тужени стекао ствар без правног основа. Битан елемент савременог института правно неоснованог обогаћења јесте имовинска корист која је без правног основа (*sine causa*) остварена на терет тужиоца. Елемент користи преузет је из римскоправне верзионе тужбе (*actio de in rem verso*).

На први поглед кондикциона и савремена одговорност из неоснованог обогаћења садрже важну разлику. Кондикција је усмерена на повраћај примљеног, док тужба из неоснованог обогаћења санкционише неосновано стечену корист. Тужени се на основу кондикције првенствено обавезује да изврши натуралну реституцију која се огледа у повраћају стеченог предмета односно његовог сурогата. Тек ако није могуће извршити натуралну реституцију он се обавезује на исплату одговарајуће новчане вредности. Међутим, обим новчане реституције код кондикције одговара вредности примљене ствари. Савремена правила о неоснованом обогаћењу обим новчане реституције одређују према висини постигнуте користи која постоји у тренутку покретања поступка. Отуда се може десити да тужени буде ослобођен од одговорности уколико је корист накнадно нестала. За кондикциону одговорност начелно нема значаја да ли је стечена корист накнадно отпала јер се у питање њеног остварења уопште не улази. Кондикциони дужник одговара за оно што је неосновано примио. И поред различитих постулата на којима се заснивају кондикциона и савремена одговорност из обогаћења, вођење рачуна о савесности туженог поводом основаности стицања односно остваривања користи умногоме их приближава у конкретним решењима. Отуда није погрешно закључити да је римска кондикциона одговорност претеча савремене одговорности из обогаћења.

Valentina Cvetković-Đorđević, LLM

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

CONDICTIONAL LIABILITY IN THE ROMAN LAW

Summary

Condiction refers to an action that originates in Roman Law and was used for the restitution of a thing found with the defendant unjustifiably (sine causa). The thing is commonly acquired by the defendant on the basis of plaintiff's action which had unjustifiably transferred ownership over the thing to the defendant (datio). Pursuant to condiction, the defendant is liable for the acquired thing and the scope of his liability is determined as of the time of acquisition and not of the time of raising the condiction. Hence, the defendant is obliged to restore what he initially acquired and not what he possesses at time the condiction is raised. As opposed to the Roman Law's condiction, in modern law of unjust enrichment the defendant is also liable for the property benefit that he sine causa acquired in any way, and he is obliged to compensate the quantum he possesses at the moment when the claim is raised. Although the scope of liability under Roman Law's condiction and under contemporary unjust enrichment is established according to different criteria sometimes the same solution may be reached if defendant's good faith (bona fides) is taken into account. The defendant who acquired a thing in good faith is not liable under condiction if at the time when the condiction is raised he does not possess the thing or he has not acquired its surrogate. Under unjust enrichment, on the other hand, the defendant would not be held liable if, at the moment the restitution claim is raised, he is not enriched any more. However, if the defendant acted in bad faith his liability is of the same scope as the one under the Roman Law's condiction because the defendant is liable for the quantum of benefit that has existed at the moment of acquisition and not at time the claim was raised.

Key words: *Condictional liability. – Liability for unjust enrichment. – Good faith.*

УДК 346.545/.546; 339.137.2

CERIF: S130

Ивана Ракић, мастер*

ПОКАЈНИЧКИ ПРОГРАМ И ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

У раду се анализира однос између програма ослобађања од новчане казне и умањења новчане казне учесницима у рестриктивним споразумима који пријаве споразум и одговорности тих учесника за штету насталу због спровођења рестриктивног споразума. Аутор указује на то да решење према којем покајник одговара за евентуалну штету умањује подстицаје учесницима на тржишту да пријаве рестриткивни споразум, и тиме делотворност покајничког програма. Истовремено се у раду објашњава да се ослобађањем покајника од одговорности за штету делимично ускраћује заштита оштећеним лицима, с обзиром на то да се на тај начин ограничава број учесника од којих оштећена лица могу да захтевају накнаду штете.

Кључне речи: *Покајнички програм. Ослобађање од новчане казне. Накнада штете. Повреда конкуренције. Право конкуренције.*

1. УВОД

Покајнички програм у праву конкуренције (енг. *leniency program*), односно програм ослобађања од новчане казне и умањења новчане казне учесницима рестриктивних споразума који пријаве споразум у којем учествују сматра се једним од најзначајнијих елемената политике према рестриктивним споразумима и најједноставнијим инструментом за откривање и доказивање рестриктивних споразума. Правилима о покајничком програму остварује се истовремено и важна превентивна улога, јер ова правила представљају значајан механизам генералне превенције, тј. одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума (*detterent effect*). Покајнички

* Ауторка је истраживач сарадник Института за упоредно право у Београду, *ivanarakic12@gmail.com*

програм има дакле двоструку улогу: не само што служи откривању и доказивању рестриктивних споразума, већ се њиме отежава, односно умањује вероватноћа закључивања нових рестриктивних споразума.[1]

Међутим, покајнички програм има једно велико ограничење које може умањити његову делотворност и тиме допринети одржању закључених рестриктивних споразума и увећати вероватноћу њиховог закључивања. Тржишни учесници који остваре могућност да учествују у покајничком програму и буду ослобођени од новчане казне или да им новчана казна буде умањена нису ослобођени од одговорности за штету која настаје услед закључења рестриктивног споразума, будући да се правилима о покајничком програму наглашава да њихова примена ни на који начин не утиче на права оштећених лица да поднесу тужбу за накнаду штете због повреде права конкуренције. То значи да оштећена лица, односно тржишни учесници који су претрпели штету услед спровођења рестриктивног споразума, могу против учесника који је ослобођен од новчане казне или којем је казна умањена да поднесу тужбу за накнаду штете због повреде права конкуренције и да штету надокнаде у парничном поступку. У случају подношења тужбе, тужилац у поступку не мора да доказује постојање рестриктивног споразума (с обзиром на то да је његово постојање потврдио учесник тог споразума), а преостаје му једино да докаже постојање штете и њен износ. На тај начин слабе подстицаји учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве споразум и да сарађују са телом надлежним за заштиту конкуренције, јер откривањем рестриктивног споразума и признавањем учешћа у споразуму не само да излажу себе могућности да одговарају за евентуалну штету која може настати због спровођења рестриктивног споразума, већ увећавају очекивану вредност одштете коју ће морати да плате.

Ослобађање од грађанскоправне одговорности тржишних учесника који учествују у покајничком програму представљало би отуда подстицај тржишним учесницима у да пријаве рестриктивни споразум у којем учествују и да доставе доказе о њему и тако „уруше“ дослух на тржишту. Тиме би се створио додатни подстицај за изигравање дослуха између учесника на тржишту и ојачао покајнички програм, којим се још више доприноси нестабилности постигнутог

[1] Вид. више Patricia Carmona Botana, „Prevention and Deterrence of Collusive Behavior: The Role of Leniency Programs“, *Columbia Journal of European Law* 1/2006, 49 52; Gregory J. Werden, Scott D. Hammond, Belinda A. Barnett, „Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions“, *Antitrust Bulletin* 2/2011, 223 225; Wouter P.J. Wils, „Self incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis“, *http://ssrn.com/abstract 1319248*, 20. јул 2014, 23 25; Giancarlo Spagnolo, „Leniency and Whistleblowers in Antitrust“, *Handbook of Antitrust Economics* (ed. Paolo Buccirossi), *MIT* Press, Cambridge, Massachusetts 2008, 262 265.

дослуха, односно нестабилности рестриктивног споразума и којим се још више умањују подстицаји за склапање нових споразума. Због тога је овај рад посвећен анализи ефеката који би настали услед ослобађања од одговорности за штету учесника у покајничком програму, а који се огледају у стварању додатних подстицаја учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум, али и анализи негативних ефеката таквог решења, будући да се ослобађањем „покајника" од грађанскоправне одговорности делимично ускраћује заштита оштећеним лицима. Оваквом анализом првенствено ће бити обухваћена правила Републике Србије о покајничком програму и тужби за накнаду штете због повреде права конкуренције.

2. УСЛОВИ ЗА ОСЛОБАЂАЊЕ ОД НОВЧАНЕ КАЗНЕ И СМАЊЕЊЕ НОВЧАНЕ КАЗНЕ

Покајнички програм почива на идеји да се стварањем додатних подстицаја учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум заправо „подстакне" нестабилност дослуха и унесе неповерење између тржишних учесника који учествују у дослуху (према начелу *divide et impera*[2]), како би се увећала вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања тржишних учесника који су повредили прописе о заштити конкуренције. Основу такве политике према рестриктивним споразумима чини дакле стварање веродостојне претње да ће недозвољени дослух између учесника на тржишту бити откривен, чиме се истовремено превентивно делује с циљем отежавања постизања дослуха. Зато се приликом анализе покајничког програма у ствари утврђује како он утиче на стварање подстицаја за дослух, односно на стварање подстицаја за изигравање дослуха.

Учесници у рестриктивном споразуму суочени су са противречним подстицајима, тако да рестриктивне споразуме карактерише инхерентна нестабилност: с једне стране, учесници су мотивисани да се усаглашавају како би избегли конкуренцију и остварили већи профит од профита који би остварили без дослуха, а с друге стране, имају подстицај да изиграју дослух и повећају обим производње (уз истовремено смањење цена) како би максимизовали сопствени профит. Због тога сваки учесник има инхерентни подстицај да први изигра дослух и тако избегне ситуацију у којој ће он бити изигран, а дослух урушен, јер је свестан да сви учесници у дослуху тако размишљају и да такво размишљање може довести до урушавања дослуха између учесника на тржишту.

---

[2] Giancarlo Spagnolo, „*Divide et Impera*: Optimal Leniency Programs" (2005), *http://ftp.zew.de/pub/zew docs/veranstaltungen/rnic/papers/GiancarloSpagnolo.pdf*, 20. јул 2014, 2.

Овакво понашање учесника у дослуху и постојање противречних подстицаја објашњава се примером који је у теорији игара (енг. *theory of games*) познат као затвореникова дилема (енг. *prisoner's dilemma*). Тај теоријски налаз се користи и код примене правила о покајничком програму, па се покајничким програмом доприноси нестабилности дослуха, стварањем додатних подстицаја учесницима да изиграју дослух.[3] Зато сваки учесник у дослуху полази од тога да је боље да он први изигра, односно пријави дослух, него да он буде пријављен и кажњен. Тиме не само што се увећава вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања његових учесника, него се отежава закључивање нових рестриктивних споразума: учесници на тржишту нису спремни да закључе рестриктивни споразум с другим учесницима уколико сумњају да би их они касније могли пријавити и уколико постоји мала вероватноћа да ће постигнути дослух бити одржив.

Отуда се као основни услов за ослобађање од новчане казне у праву Републике Србије поставља критеријум према којем се од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције може ослободити само учесник рестриктивног споразума који *први* Комисији за заштиту конкуренције пријави постојање споразума или достави доказе на основу којих Комисија може донети решење о повреди конкуренције због закључења рестриктивног споразума.[4] Поред тога, да би учесник био ослобођен од новчане казне, услов је да Комисија, у тренутку достављања доказа, није имала сазнање о постојању рестриктивног споразума или је имала сазнање али није имала довољно доказа да донесе закључак о покретању поступка, као и услов да се не ради о учеснику који је иницирао закључење пријављеног рестриктивног споразума.[5]

Учеснику рестриктивног споразума који пријави забрањени споразум, а који не испуњава услове за ослобађање од новчане казне, новчана казна може бити смањена под условом да у току поступка Комисији достави доказе који у том тренутку нису били доступни, а који омогућавају окончање поступка и доношење решења о повреди конкуренције због закључења рестриктивног споразума.[6] Учесницима који нису *први* пријавили споразум, казна дакле може бити само

[3] Вид. више P. C. Botana, 56 61; Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, New York 2007, 333 334; Phillip C. Zane, „Price Fixer's Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes", *Antitrust Bulletin* 1/2003, 6 17; Christopher R. Leslie, „Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability", *Journal of Corporation Law* 2/2006, 455 и даље.

[4] Вид. Закон о заштити конкуренције ЗЗК, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 69, ст. 1.

[5] Вид. ЗЗК, чл. 69, ст. 2 и 4.

[6] Вид. ЗЗК, чл. 69, ст. 3.

умањена, и то под условом да нису иницијатори закљученог рестриктивног споразума. То значи да иницијатори рестриктивних споразума, према правилима Републике Србије, не могу ни под којим условима учествовати у покајничком програму.[7] Учеснику који испуњава услове за смањење новчане казне, казна може бити умањена од 30 до 50%, ако му је коначно признат статус првог подносиоца захтева за смањење обавезе; од 20 до 30%, ако му је коначно признат статус другог подносиоца захтева за смањење обавезе; или до 20% ако му је коначно признат статус трећег и сваког наредног подносиоца захтева за смањење обавезе.[8]

3. ТУЖБА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Приватно спровођење права конкуренције (енг. *private enforcement*) обухвата две врсте поступака у којима се одлучује о накнади штете проузроковане повредом права конкуренције: поступке који се покрећу подношењем тзв. несамосталне или пратеће тужбе (*follow on action*) и поступке који се покрећу подношењем тзв. самосталне или независне тужбе (*stand alone action*). У случајевима када је надлежно тело за заштиту конкуренције утврдило повреду конкуренције, оштећена лица могу да поднесу пратећу тужбу на основу одлуке о повреди конкуренције, док у осталим случајевима, оштећена лица могу да поднесу самосталну тужбу без обзира на то да ли постоји одлука надлежног тела о утврђеној повреди конкуренције. У првом случају се тужба подноси након доношења одлуке о повреди конкуренције, док се у другом случају тужба подноси пре него што надлежно тело утврди повреду конкуренције.

У складу са све већим значајем приватноправне заштите конкуренције, посебно у праву Европске уније, Закон о заштити конкуренције уводи у право Републике Србије могућност подношења посебне приватне тужбе за накнаду штете због повреде права конкуренције. Тиме се другим учесницима на тржишту, купцима и потрошачима омогућава да у парничном поступку остваре заштиту својих права и надокнаде штету коју су претрпели због спровођења рестриктивног споразума, односно због друге повреде права конкуренције.

---

[7] Вид. Уредбу о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 50/10), чл. 2, ст. 1. тач. 3 4; Смернице за примену чл. 69. Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (*http:// www.kzk.org.rs/kzk/wp content/uploads/2011/08/Smernice za primenu cl 69 i uredbe o oslobadjanju.pdf*, 13. јул 2014, даље у тексту: Смернице), тач. 2 и 3.

[8] Вид. Смернице, тач. 36.

Закон о заштити конкуренције познаје само пратећу тужбу за накнаду штете, будући да предвиђа да се у парничном поступку пред надлежним судом може остварити накнада штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције у смислу Закона о заштити конкуренције, а која је утврђена решењем Комисије за заштиту конкуренције.[9] Услов за подношење тужбе за накнаду штете јесте, дакле, решење Комисије за заштиту конкуренције којим је утврђена повреда конкуренције, а накнада штете се остварује у парничном поступку.[10] Закон затим наглашава да решење Комисије не претпоставља да је штета наступила, већ се штета мора доказивати у судском поступку.[11] То значи да тужилац мора да докаже постојање штете и узрочно-последичну везу између повреде конкуренције и штете која је наступила. Према томе, суд је везан одлуком Комисије којом је утврђена штетна радња, тј. повреда конкуренције, али тужилац тиме ипак није ослобођен терета доказивања да је штета наступила.

У упоредном праву, приватно спровођење права конкуренције највише је развијено у Сједињеним Америчким Државама, будући да је још Шерманов закон из 1890. године (Sherman Antitrust Act) омогућио приватно спровођење права конкуренције, а Клејтонов закон (Clayton Antitrust Act of 1914) додатно је подстакао приватноправну заштиту конкуренције тако што је оштећеним лицима омогућио да траже накнаду штете у троструком износу (*treble damage*). Током првих педесет година примене Шермановог закона вођена су 423 „приватна" поступка, да би се након 1940. године број ових поступака постепено повећавао.[12] У периоду 1940–1959. покренуто је 2725 поступака (просечно 136,2 поступка годишње), а од 1960. године бележи се значајан раст броја поступака приватноправне заштите конкуренције, па је у периоду 1960–1970. вођено просечно 669,7 по-

---

9 Вид. ЗЗК, чл. 73, ст. 1.

10 Иако Законом о заштити конкуренције није изричито предвиђена само сталнa тужба за накнаду штете, чини се да у праву Републике Србије не постоје ограничења за њено подношење. Тужба би се могла поднети према општим пра вилима о забрани проузроковања штете и о накнади штете, у складу са Законом о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03, даље у тексту: ЗОО). Према овим правилима, свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета (чл. 16 ЗОО) и свако ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице (чл. 154, ст. 1 ЗОО). Исто и Радован Д. Вукадиновић, Владимир Вукадиновић, „Приватне тужбе за накнаду штете због повреде картелних прописа у ЕУ и Србији", *Актуел на питања савременог законодавства* (ур. С. Перовић), Савез удружења правника Србије и Републике Српске, Београд 2013, 200.

11 Вид. ЗЗК, чл. 73, ст. 2.

12 Richard A. Posner, „A Statistical Study of Antitrust Enforcement", *Journal of Law and Economics* 2/1970, 371.

ступака годишње, а у периоду 1971–1985. овај годишњи просек је био чак 1.292,5 поступка. У периоду 1986–2012. број приватних поступака је нешто мањи, тако да годишњи просек износи 711,3 поступка.[13]

Значај приватноправне заштите конкуренције у САД потврђује и податак да је 91,7% судских поступака за заштиту конкуренције покренуто приватним тужбама, узимајући у обзир просек формиран у периоду 1975–2012.[14] Осим тога, значајан број ових поступака приватни тужиоци успешно окончавају, а износ пресуђене накнаде достиже милионске износе. На пример, у случају *Electrical Carbon Fiber* (из 2006. године) штета износи 30 милиона долара, у случају *Methionine* 107 милиона долара (2002), у случају *Tricor* 316 милиона долара (2009), у случају *Novell v. Microsoft* 536 милиона долара (2004), у случају *Intel* 1,25 милијарди долара (2009), а у случају *Visa MC* 6,813 милијарде долара (2008).[15]

У Европској унији, приватно спровођење права конкуренције има много мањи значај, али се у претходних десетак година убрзано развија у свим земљама чланицама, посебно у Немачкој, Шпанији и Великој Британији, где се тужбе за накнаду штете највише подносе. У *Немачкој* се 60% поступака за заштиту конкуренције (не узимајући у обзир поступке контроле концентрација) односи на приватноправну заштиту, а у просеку се годишње покрене 122,6 поступка за накнаду штете због повреде права конкуренције. Просек се односи на период 2005–2007, када је укупно покренуто 368 парница, а у 37,2% случајева, тужиоци су успешно окончали поступак.[16] Процењује се да је у периоду 2004–2009. покренуто више од 1.300 парница, дакле више од 200 парница годишње.[17]

У *Великој Британији* је у периоду 2005–2012. покренуто 85 парница (у просеку 10,6 парница годишње), од чега је 41 пар-

[13] Вид. *ibid.*; William F. Shughart, „Private Antitrust Enforcement: Compensation, Deterrence, or Extortion?“, *Cato Review of Business & Government* Fall/1990, 54; Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Antitrust cases filed in U.S. District Courts, by type of case 1975 2012, Table 5.41.2012, *http://www.albany.edu/sourcebook/ind/ANTITRUST.Court cases, Federal.Cases filed.2.html,* 18. јул 2014.

[14] Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Table 5.41.2012.

[15] Joshua P. Davis, Robert H. Lande, „Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement“, *Seattle University Law Review* 3/2013, 1275.

[16] Вид. Sebastian Peyer, „Private Antitrust Litigation in Germany from 2005 to 2007: Empirical Evidence“, Journal of Competition Law & Economics 2/2012, 338 339 и 352 353.

[17] OECD, *Roundtable on the Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies*, *Germany*, Note by the Delegation of Germany, бр. DAF/COMP(2011)25, *http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCom petition2011.pdf*, 20. јул 2014, 101 фн. 25.

ница успешно или делимично успешно завршена за тужиоце.[18] У случају *2 Travel Group v. Cardiff City* досуђена је нпр. накнада од 93,8 хиљада фунти,[19] а у случају *Albion Water Limited v. Dŵr Cymru Cyfyngedig* накнада од 1,85 милиона фунти.[20] У *Шпанији* су у периоду 1999–2012. покренуте укупно 323 парнице (просечно 23 парнице годишње), од чега је више од половине покренуто у претходне 4 године, а само у 2011. години су покренута 52 поступка. Поступци су у 94% случајева покренути самосталним тужбама за накнаду штете, а проценат успешности свих поднетих тужби је 26%.[21] Досуђене накнаде се значајно разликују, а могу да достигну и милионске износе (нпр. у случају *Individual v. Endesa*, досуђена је накнада од 1.030 евра; у случају *Iasist v. 3MEspaña* – 194.089 евра; у случају *Conduit v. Telefónica* – 639.003 евра; у случају *Nestlé e.a. v. ACOR* – 1,1 милион евра; у *Electra Caldense v. Enher* – 3,1 милиона евра; *Nestlé e.a. v. Ebro Foods* – 4,1 милиона евра; *France Telecom España v. Euskaltel* – 178 милиона евра).[22]

Према подацима из 2012. године, у *Републици Србији* покренут је само један поступак за накнаду штете на основу решења Комисије за заштиту конкуренције о повреди конкуренције, али је тај поступак у застоју зато што Управни суд одлучује о жалби на решење Комисије о повреди конкуренције, тако да се може рећи да пракса приватног спровођења права конкуренције у Србији још увек не постоји.[23]

4. ОСЛОБАЂАЊЕ ПОКАЈНИКА ОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ *PRO ET CONTRA*

Може се закључити да приватно спровођење права конкуренције представља веома значајан елемент политике заштите конку-

[18] Barry J. Rodger, „Competition law litigation in the UK courts: a study of all cases 2005 2008 Part I“, *Global Competition Litigation Review* 2/2009, 95 96; Barry J. Rodger, „Competition law litigation in the UK courts: a study of all cases 2009 2012“, *Global Competition Litigation Review* 2/2013, 57 58.

[19] *2 Travel Group PLC (in liquidation) v Cardiff City Transport Services Limited* [2012] CAT 19, 5. јул 2012.

[20] *Albion Water Limited v Dŵr Cymru Cyfyngedig* [2013] CAT 6, 28. март 2013.

[21] Francisco Marcos, „Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999 2012)“, *Working Paper IE Law School AJ8 202*, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id 2351770*, 20. јул 2014, 8 9.

[22] Вид. *ibid.*, 20, 24 26 и 31; Fernando Cachafeiro, „Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain“, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id 2456 964*, 20. јул 2014, 11 14.

[23] Велимир Живковић, „Улога српских удружења потрошача у поступцима за накнаду штете због повреде права конкуренције“, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id 2190543*, 20. јул 2014, 132 фн. 4.

ренције и важан инструмент политике према рестриктивним споразумима, будући да могућност подношења тужбе за накнаду штете може да одврати учеснике на тржишту од закључивања рестриктивних споразума. Ефекат одвраћања настаје због тога што се за учеснике у рестриктивном споразуму увећава тежина, односно укупна очекивана вредност казне (*новчана казна и накнада штете*), па учесници на тржишту имају мањи подстицај да ступе у дослух на тржишту. Уколико уз претњу високим новчаним казнама, истовремено постоји ризик, односно опасност да се надокнади евентуална штета оштећеним лицима, која може бити вишеструко већа него новчана казна коју изриче тело надлежно за заштиту конкуренције, умањује се вероватноћа да ће се формирати дослух на тржишту, што значи да политика према рестриктивним споразумима може да се ослања и на тужбе за накнаду штете.[24]

Међутим, када се тужба подноси против тржишног учесника који је ослобођен од казне или коме је казна умањена, може се поставити питање колика је снага ефеката одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума, будући да могућност подношења тужбе за накнаду штете неминовно има ефекте са супротним дејством и тиме умањује делотворност покајничког програма. Могућност подношења тужбе дестимулише учеснике у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум и на тај начин уруше постигнути дослух, што значи да решење према којем се против покајника може поднети тужба доприноси одрживости, односно стабилности рестриктивних споразума и умањује вероватноћу да ће рестриктивни споразуми бити откривени, односно увећава вероватноћу да ће бити склопљени.[25]

---

[24] Значај тужбе за накнаду штете може бити умањен због тога што обавеза плаћања високих новчаних износа може бити превише строга казна за учеснике у рестриктивном споразуму. Уколико се у парничном поступку у потпуности надокна ди настала штета, претходно плаћена новчана казна би у том случају представљала „вишак“ казненог оптерећења учесника у рестриктивном споразуму. То значи да тужба за накнаду штете може имати ефекат прекомерне генералне превенције (*overdeterrence*) и утицати на умањење друштвеног благостања. Вид. Joshua P. Davis, Robert H. Lande, „Defying Conventional Wisdom: the Case for Private Antitrust Enforcement“, *Georgia Law Review* 1/2013, 70 и даље; Wouter P.J. Wils, „Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice“, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id 883102*, 28. август 2014, 18 22; G. J. Werden, S. D. Hammond, B. A. Barnett, 209 211.

[25] Вид. и Caroline Cauffman, „The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages“, *Competition Law Review* 2/2011, 183; Cornelis Canenbley, Till Steinvorth, „Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?“, *Journal of European Competition Law and Practice* 2/2011, 320 322; G. Spagnolo (2005), 28 29; Frederik Silbye, „A note on antitrust damages and leniency programs“, *European Journal of Law and Economics* 3/2012, 692 и даље.

Приликом разматрања да ли да пријаве споразум у којем учествују, тржишни учесници узимају у обзир не само тежину, односно износ новчане казне и вероватноћу да она буде извршена, него и могућност да против њих буде поднета тужба за накнаду штете, као и износ накнаде штете који би платили, и тек након тога процењују да ли им се исплати да сарађују са телом за заштиту конкуренције, с обзиром на одређену вероватноћу да ће морати да одговарају за насталу штету. Учесници у рестриктивним споразумима имају отуда мали подстицај да пријаве споразум, јер не могу да избегну одговорност за евентуалну штету, што значи да се оваквим решењем не подстиче нестабилност рестриктивних споразума, а што је сврха покајничког програма. На тај начин се слабе ефекти покајничког програма и у одређеној мери умањује заштита конкуренције на тржишту, с обзиром на то да се постојећим решењем заправо учвршћује постигнути дослух између учесника на тржишту, а тиме увећава и вероватноћа постизања дослуха.

Иако се чине покушаји да се одређеним решењима заштити положај покајника у парничном поступку и ублаже негативни ефекти тужбе за накнаду штете на покајнички програм, то није довољно да се такви негативни ефекти неутралишу. Да би се покајнику пружила одговарајућа заштита у парници и тиме сачували подстицаји и поверење тржишних учесника који су спремни да открију забрањени споразум, посебним правилима се регулише (и предлаже) заштита поверљивих података, односно доказа о пријављеном споразуму и изјава које су учесници у споразуму дали како би били ослобођени од казне. Тим правилима се ограничава увид у списе предмета тела надлежног за заштиту конкуренције, па се од откривања доказа из списа предмета изузимају изјаве покајника и докази о рестриктивном споразуму које су они доставили.

Ипак, чини се да та решења нису делотворна и да представљају изузетно слабу заштиту за учесника који је пријавио споразум,[26] и да нису подстицајна за учеснике у рестриктивном споразуму. Пријављивањем споразума у којем је учествовао, тржишни учесник је самим тим признао постојање рестриктивног споразума и своје учешће у њему, чиме се фактички парнични поступак своди на процену настале штете која треба да се надокнади, будући да нема потребе да се доказује улога покајника у рестриктивном споразуму. Постојање рестриктивног споразума и улога туженог у споразуму већ је доказана његовим претходним признањем, тако да околност да поједини докази неће бити доступни тужиоцу, тј. оштећеном лицу, не утиче на доказну снагу признања туженог. Признање туженог је најснажнији доказ постојања рестриктивног споразума, будући да представља

[26] Слично и C. Canenbley, T. Steinvorth, 322 и 325; C. Cauffman, 215.

сведочење самог учесника у споразуму, а управо се такав доказ обезбеђује покајничким програмом, као најједноставнијим начином за прибављање информација, односно доказа о постојању рестриктивном споразуму.

То значи да се пријавом рестриктивног споразума његов учесник у потпуности „разоткрива“ пред оштећеним лицима и налази се у непосредној опасности да поверљиве информације на основу којих је доказан рестриктивни споразум буду откривене трећим, односно оштећеним лицима. Проблем дакле настаје зато што учесник у рестриктивном споразуму признаје своје учешће у том споразуму да не би платио новчану казну, а због тог признања ће истовремено можда морати да надокнади евентуалну штету која би могла бити вишеструко већа од износа новчане казне од које је ослобођен, тако да *de facto* својим признањем не остварује никакве погодности, односно нема подстицај да пријави рестриктивни споразум.

Може се зато закључити да се правилима о одговорности покајника за накнаду штете може обесмислити покајнички програм, пошто учесници у рестриктивном споразуму, због опасности од обавезе накнаде штете оштећеним лицима, нису стимулисани да открију споразум и сарађују се телом надлежним за заштиту конкуренције. Учесници у рестриктивном споразуму нису спремни да учествују у покајничком програму под наведеним околностима, чиме се умањује вероватноћа откривања рестриктивних споразума и у великој мери слаби политика заштите конкуренције, с обзиром на то да се рестриктивни споразуми, нарочито картели, по правилу, могу открити пре свега сведочењем самих учесника у картелу. Ослобађање од грађанскоправне одговорности би у том смислу представљало додатни подстицај учесницима у рестриктивном споразуму да га пријаве и доставе доказе о њему, чиме би се олакшало откривање и доказивање рестриктивних споразума и унапредила заштита конкуренције.

У настојању да се сагледају позитивни ефекти које би ослобађање од одговорности за штету имало на делотворност покајничког програма, морају се анализирати и негативни ефекти које такво решење има на остваривање права на накнаду штете оштећених лица. Оштећеним лицима се таквим решењем делимично ускраћује заштита, с обзиром на то да тада не би могли да надокнаде штету од једног или више учесника који су пријавили споразум, већ само од оних учесника који не учествују у покајничком програму. Зато су веома снажни аргументи који се наводе у прилог постојећем решењу, према којем сви учесници у рестриктивним споразумима морају да одговарају за накнаду штете насталу спровођењем рестриктивних споразума. Пошто се ради о одговорности више лица за исту штету коју су та лица проузроковала заједно, сви учесници у рестриктив-

ном споразуму одговарају солидарно. Према правилима о регресу исплатиоца, учесник који исплати више него што износи његов удео у штети, може тражити од сваког од осталих учесника у споразуму да му накнади оно што је платио за њега.[27]

Наведени аргументи наглашавају неправичност решења према којем би покајник био ослобођен од одговорности за штету,[28] полазећи од тога да се таквим решењем задире у права трећих лица и да се оштећена лица лишавају једног од својих основних права – права да надокнаде штету коју су претрпели, посебно због ризика од инсолвентности преосталих учесника у рестриктивном споразуму од којих би се захтевала штета. Оваква мишљења се чине оправданим, јер се таквим решењем умањује заштита потрошача, односно купаца, а заштита или благостање потрошача сматра се једним од најважнијих циљева права конкуренције, поред заштите конкуренције на тржишту. Осим тога, спровођењем рестриктивних споразума оштећени су управо потрошачи и купци, јер су куповали производе по вишим ценама. Затим се указује на то да је ослобађање покајника од одговорности за штету неправично и због тога што би учесници у рестриктивном споразуму који не учествују у покајничком програму сносили већу одговорност за штету, пошто као исплатиоци не би имали право регреса према оним учесницима који би били ослобођени одговорности за штету.

Ипак, потребно је нагласити да се, у случају ослобађања покајника од одговорности за штету, оштећена лица не лишавају права да надокнаде штету, будући да им се тиме не ускраћује њихово право, већ се само смањује број лица против којих се може поднети тужба за накнаду штете. Оштећеним лицима остаје право да штету надокнаде од осталих учесника у рестриктивном споразуму, који нису ослобођени од новчане казне, односно којима казна није умањена, посебно од иницијатора рестриктивног споразума, будући да он (бар према праву Републике Србије) не може бити учесник у покајничком програму. Уколико би оштећена лица на тај начин успела да надокнаде штету, онда се не би могло тврдити да им предложено решење ускраћује заштиту. Право на накнаду штете се дакле не би смело ускратити оштећеним лицима, али би оштећена лица тада могла да надокнаде штету само од учесника у рестриктивном споразуму који нису пријавили споразум. Због тога би се могло рећи да се ослобађањем покајника од одговорности за штету може *делимично* ускратити заштита оштећеним лицима, и то само у случају када оштећена лица не успеју ни на који начин да надокнаде ште-

[27] Вид. ЗОО, чл. 206, ст. 1. и чл. 208, ст. 1.

[28] Вид. Wouter P. J. Wils, „The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages“, 2008, ***http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id 1296458***, 20. јул 2014, 31.

ту од преосталих учесника у споразуму. Што се тиче аргумента да је предложено решење неправично за учеснике у споразуму који не учествују у покајничком програму, на њега би се могло одговорити објашњењем да је и сâм покајнички програм неправичан за учеснике који у њему не учествују, будући да се они кажњавају за исту повреду прописа у погледу које се покајник ослобађа од новчане казне, али се тада не поставља питање основаности покајничког програма, јер се сматра да је заштита конкуренције важнија од заштите појединачних интереса.

Може се отуда закључити да је питање односа покајничког програма и одговорности за штету насталу спровођењем рестриктивног споразума изузетно сложено и контроверзно питање: с једне стране, неспорно је да постојеће решење, према којем покајник одговара за штету, умањује делотворност покајничког програма, а с друге стране, прихватање решења да се покајник ослободи одговорности за штету може у одређеној мери нарушити правни поредак, с обзиром на то да се задире у права трећих, оштећених лица. Због тога се у литератури и пракси предлажу алтернативна решења, према којим би се ипак задржала одговорност покајника за штету, али би се на други начин увећали, односно сачували подстицаји учесницима на тржишту да пријаве споразум у којем учествују како би се умањили негативни ефекти тужбе за накнаду штете.

Поред већ поменутог предлога да се ограничи увид у списе предмета надлежног тела за заштиту конкуренције, Европска комисија предлаже и да ослобођени учесник одговара за насталу штету само према директним или индиректним уговорним партнерима, под условом да оштећено лице не може да надокнади штету од осталих учесника у рестриктивном споразуму.[29] Ово је у ствари компромисно решење, које представља комбинацију два предлога: предлога да покајник одговара за штету само према директним или индиректним уговорним партнерима и предлога да покајник одговара за штету само ако остали учесници у споразуму нису солвентни, односно само ако штета не може да се надокнади од њих.[30] Затим се у литератури предлаже увођење права регреса покајника, као исплатиоца, да од осталих учесника у споразуму захтева исплату накнаде од 100%, или посебног права покајника на умањење износа накнаде штете (*rebate on damage*), када би се пријава споразума телу

---

[29] Вид. предлог Директиве о правилима накнаде штете због повреде права конкуренције (Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union), *http://eur lex.europa.eu/legal content/EN/TXT/PDF/?uri CELEX:52013PC0404&from EN*, 20. јул 2014, чл. 6(1)(a) и 11(1).

[30] Вид. C. Cauffman, 210 214.

за заштите конкуренције и сарадња покајника са овим телом узимала нпр. као олакшавајућа околност приликом утврђивања висине штете или би се на други начин ограничио максимални износ накнаде.[31] Предлаже се и увођење посебног, јединственог поступка у којем би се истовремено кажњавали учесници у рестриктивном споразуму и одмеравала штета коју је потребно надокнадити,[32] мада се у таквом поступку не би остваривала грађанскоправна заштита, будући да се предлаже да тело за заштиту конкуренције врши процену штете, а да се утврђени износ плати поред новчане казне. Постоји и мишљење да је ослобађање покајника од одговорности за штету непотребно за делотворан покајнички програм, јер се атрактивност покајничког програма може увећати строжом казненом политиком, тј. повећањем износа запрећене новчане казне.[33]

Међутим, ниједно од понуђених решења не решава проблем негативних ефеката које подизање тужбе за накнаду штете има на делотворност покајничког програма, јер се предложеним решењима само умањује износ евентуалне накнаде, а при томе се не уклања ризик од подизања тужбе за накнаду штете. Да би се створио оптималан покајнички програм, потребно је максимизовати подстицаје учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум и тиме изиграју дослух,[34] а то није могуће постићи све док се учесници који су ослобођени од новчане казне или којима је казна смањена не ослободе и одговорности за насталу штету.

Последњи предлог се у том погледу чини посебно неприхватљив, јер се политика према рестриктивним споразумима не може заснивати само на строгим казнама, тј. на строгој казненој политици.[35] Иако високе казне могу одвратити учеснике на тржишту од закључивања рестриктивних споразума, оне некада нису довољне да спрече закључивање нових споразума. Приликом разматрања да ли да закључе забрањени споразум, учесници на тржишту не процењују само висину запрећене казне, него и вероватноћу да она буде изречена и извршена, што зависи од вероватноће откривања тог споразума.[36] То значи да строга казнена политика неће бити делотворна, уколико постоји мала вероватноћа да забрањени споразум буде откривен и

31 Вид. *ibid.*, 208 210 и 214 215.

32 Вид. C. Canenbley, T. Steinvorth, 324 326.

33 Вид. W. P. J. Wils (2008), 31.

34 G. Spagnolo (2008), 293; Julien Sauvagnat, „Are leniency programs too gene rous?“, *Economics Letters* 3/2014, 325.

35 Може се упутити и критика да овакав предлог може имати и ефекте пре комерне генералне превенције, с обзиром на пооштравање казнене политике.

36 Karine Brisset, Lionel Thomas, „Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions“, *European Journal of Law and Economics* 1/2004, 5 6.

да се новчана казна изврши. За учеснике у рестриктивном споразуму битна је дакле очекивана вредност казне, односно вероватноћа откривања споразума, а ако се покајник не ослобађа одговорности за штету, ништа није учињено да се увећа вероватноћа откривања споразума, чиме се умањује делотворност покајничког програма.

Ослобађање од одговорности за штету био би тај додатни подстицај, па се зато чини да је оптимално решење да се оштећеним лицима не ускрати право на накнаду штете, али да се обавеза накнаде штете ограничи само на учеснике у споразуму који не учествују у покајничком програму, с обзиром на то да би учеснике у покајничком програму требало ослободити од одговорности за штету. Тиме би се учесници у споразуму мотивисали да споразум пријаве, а оштећена лица би задржала своја права. Можда би се могло размислити о предлогу да се одговорности за штету ослободи само онај учесник који је први пријавио споразум, тј. који је ослобођен новчане казне, а да учесници којима је казна умањена остану одговорни за штету. На тај начин би се могла побољшати заштита оштећених лица, с обзиром на проширење броја лица против којих се може поднети тужба, а додатно би се подстакла нестабилност споразума, јер би се учесници у споразуму могли „борити за прво место" како би у потпуности избегли обавезу накнаде штете.

Ослобађање покајника од одговорности за штету и јачање покајничког програма може се отуда правдати снажнијим интересом заштите конкуренције на тржишту од заштите појединачних интереса оштећених лица, с обзиром на то да је покајнички програм један од најважнијих инструмената политике заштите конкуренције. Заштита конкуренције, као јавног интереса, сматра се важнијом од остваривања права на накнаду штете настале због повреде права конкуренције, јер је заштита конкуренције један од најважнијих услова за развој тржишне привреде, односно један од начина да се успостави ефикасно тржиште које ће омогућити остваривање економске ефикасности и увећање друштвеног благостања. Пошто конкуренцију на тржишту није могуће заштитити без делотворног покајничког програма, намеће се закључак о потреби јачања покајничког програма, што није могуће постићи обавезивањем покајника да надокнаде насталу штету, него само њиховим ослобађањем од грађанскоправне одговорности.

5. ЗАКЉУЧАК

Проблем односа покајничког програма у праву конкуренције и одговорности покајника за штету због спровођења рестриктивног споразума, као што је већ наведено, јесте контроверзно питање,

будући да, с једне стране, унапређење приватноправне заштите конкуренције умањује делотворност покајничког програма, а да, с друге стране, стварање оптималног покајничког програма није могуће без ослобађања покајника од грађанскоправне одговорности, иако је такво решење неправично са становишта оштећених лица. Међутим, постојеће решење (према којем је покајник одговоран за штету) не доприноси заштити конкуренције, јер *de lege lata* умањује подстицаје учесницима у рестриктивном споразуму да га пријаве и да сарађују са телом надлежним за заштиту конкуренције, што значи да доприноси одржању и закључивању рестриктивних споразума.

Оптимално решење неће бити пронађено све док се учесници у рестриктивном споразуму буду суочавали с претњом да ће након њихове сарадње за телом за заштиту конкуренције против њих моћи да се поднесе тужба за накнаду штете којом се могу захтевати изузетно високе накнаде. Ослобађање од одговорности за штету би у том смислу створило додатни подстицај за учеснике у рестриктивном споразуму да га пријаве и допринело би јачању покајничког програма, а оштећена лица би задржала своје право да штету надокнаде од осталих учесника у споразуму, који нису ослобођени од новчане казне и којим казна није умањена. Неопходно је дакле водити рачуна о овом проблему приликом вођења политике према рестриктивним споразумима, јер се његово потцењивање може негативно одразити на делотворност покајничког програма и заштиту конкуренције.

Ivana Rakić, LLM

Research Assistant
Institute of Comparative Law, Belgrade

LENIENCY PROGRAMME AND LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY COMPETITION LAW INFRINGEMENTS

Summary

The article analyses the relationship between the leniency program in competition law and liability for damages for breach of competition rules and their interaction. The author points out that current rules on private actions for damages reduce incentives for cartel participants from applying for leniency, and therefore undermine leniency programmes. In addition, the author also explains that granting leniency recipients im-

munity from liability in follow-on actions for damages deprives partially the victims of competition law infringements of their subjective right to claim compensation for the harm caused to them.

Key words: *Leniency program. – Damage claims. – Immunity from liability in damage action. – Competition law infringement. – Competition law.*

ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

Др Наташа Томић-Петровић[*]

РАЗМАТРАЊА О ПРАВУ НА ЗАШТИТУ ЗДРАВЉА ОД КОСМИЧКОГ ЗРАЧЕЊА У ВАЗДУХОПЛОВСТВУ[**]

Са развојем космичке технологије и авијације појавио се проблем изложености космичком зрачењу код летова на великим висинама. Питање космичког зрачења ретко је разматрано и мало познато широј јавности, иако су последице које ово зрачење изазива више него значајне, што потврђују досадашња истраживања у овој области. У прошлости, космичка медицина углавном се бавила физиолошким проблемима, а врло мало ваздухопловно космичком превентивом. Међутим, неке горуће проблеме космичког путовања и дужег боравка у космосу је тешко решити или су нерешиви, а могуће је једино ублажити њихове последице. Правна регулатива делује на смањење штетног дејства космичког зрачења ограничавањем времена проведеног у лету за посаду ваздухоплова, док за путнике посебна заштита од ове врсте зрачења углавном није предвиђена. У раду су изложени прописи о заштити од јонизујућег зрачења, посебно заштити од космичког зрачења у ваздухопловству и представљена истраживања о ризицима које ово зрачење носи.

Кључне речи: *Право. Зрачење. Ваздухопловство. Заштита. Здравље.*

1. УВОД

Извори јонизујућег зрачења из природе не привлаче пажњу јавности у складу са значајем који имају у природи, јер је око 75% укупне дозе зрачења коју прима светско становништво природног порекла.[1] Наша јавност данас је, још увек недовољно информисана када су опасности које природни извори зрачења носе у питању.

[*] Аутор је доцент Универзитета у Београду, *atlantic@sezampro.rs*

[**] Рад је настао као резултат рада на Пројекту „Људска права и вредности у биомедицини“ број 179023 Министарства за науку и технолошки развој.

[1] Вид. Н. Томић Петровић, „Legal regulation on cosmic radiation protection in aviation The case of Serbia“, *GSTF International Journal of Engineering Technology (JET),* Vol. 2, No. 1, 2013, 77.

Проналазак нуклеарне енергије средином XX века пружио је човечанству неслућене техничке могућности. Откриће космичких зрака настало је као последица истраживања узорака јонизације ваздуха на коју не утиче само радиоактивност земље, већ и зраци и честице који долазе из свемира – космички зраци, а зрачење је названо космичко зрачење.[2]

Правна регулатива пре свега делује на смањење штетног дејства космичког зрачења ограничавањем времена проведеног у лету за посаду ваздухоплова, док за путнике посебна заштита од ове врсте зрачења углавном није предвиђена.

У раду се обрађују прописи о заштити од јонизујућег зрачења, посебно заштити од космичког зрачења у ваздухопловству, али и истраживања о ризицима које ово зрачење носи.

2. КОСМИЧКО ЗРАЧЕЊЕ ИСТРАЖИВАЊА И РИЗИЦИ

Штетно дејство јонизујућег зрачења на људски организам запажено је пре него што се за јонизујуће зрачење и знало.[3]

Ваздухопловна медицина настала је у раном 18. веку с првим физиолошким студијама лекара балонисте Розијеа (*Jean-François Pilâtre de Rozier* /1754–1785/), док је прву свеобухватну студију утицаја летења на здравље, спровео француски лекар Пол Берт (*Paul Bert*), који је 1878. године објавио своја истраживања о утицају промене састава и притиска ваздуха, с порастом висине на људе, под насловом *La pression barometrique*.

Код нас историја ваздухопловне медицине датира од 1911. године, када је извршена прва селекција летача за ваздухопловство Краљевине Србије, док су Сједињене Америчке Државе (САД) прву селекцију спровеле тек 1917. године, али први прописи за војне пилоте, које су они морали да поштују у извршењу летачких активности донети су у САД давне 1912. године.

Пионир ваздухопловне медицине Теодор Листер (*Theodore Lyster*) 1918. године отворио је прву истраживачку лабораторију за испитивања у области ваздухопловне медицине у Њујорку, а годину дана касније отворена је и прва школа за ваздухопловну медицину.

У претходној Југославији при команди Ратног ваздухопловства у пролеће 1945. формирана је прва санитетска служба Југословенског

[2] Вид. Космичко зрачење, *http://svemir.wordpress.com/2009/11/23/kosmicko zracenje/, 23.11.2013.*

[3] Н. Томић, *Ризици и заштита од јонизујућег зрачења,* Задужбина Андре јевић, Београд 2009, 14.

ратног ваздухопловства, између осталог, са задатком да обавља избор кандидата за летачку обуку, врши здравствени надзор над обученим летачима и даје мишљење о њиховој здравственој способности за летење. Исте године, 11. новембра 1945. формирањем Ваздухопловномедицинског института (ВМИ) у нашој земљи започиње убрзани развој ваздухопловне медицине.

Указом министра одбране у Совјетском Савезу 1949. године покренута је иницијатива да се у Институту за експерименталну ваздухопловну медицину СССР отпочне с научним биолошкомедицинским истраживањима у области космичке медицине. [4]

Космичка медицина проучава утицај летења космичким летелицама и средине у којој се оне крећу на организам космонаута и у пракси примењује одређене методе превентивне медицинске заштите у спречавању негативног утицаја лансирања и боравка у космосу на живот и здравље човека, као и настанак ванредних догађаја и катастрофа, које карактерише велики губитак људских живота, материјалних добара и поремећај еколошких система. Проблем изложености космичком зрачењу код летова на великим висинама представља један од проблема који се јавио са развојем космичке технологије и авијације. Тако је 1961. године настала прва студија Фелша (*Foelshe*) из Langley Research Center-а посвећена овом проблему, која је касније употпуњена.

Током 60-их и 70-их година рађен је већи број студија суперсоничног транспорта с радиобиолошког аспекта. Једна од првих је извештај Комитета 1. Радне групе међународне Комисије за заштиту од зрачења о биолошким последицама високо-енергетских зрачења.[5] За особље Југословенског аеротранспорта (ЈАТ) рађена је једна таква сигурносна анализа. Коришћени су теоријски модели за процену доза особља авиона с подацима из литературе о промени космичког зрачења са висином, географском ширином и соларном активношћу, а обрађени су сви летови одабраних пилота-узорака током једне године.[6]

Нема сумње да продужено дејство радијационог зрачења може да доведе до трајних оштећења здравља човека. У XXI веку

[4] Око 1950. године настала је потреба за разграничењем у науци, када и потре ба за одвајањем космонаутике од аеронаутике (које су до тада сматране јединственом дисциплином), у две засебне научне дисциплине које се баве изучавањем Земљине атмосфере, космоса и летења у тим просторима.

[5] Н. Томић Петровић, *Право и заштита од јонизујућег зрачења,* Задужбина Андрејевић, Београд, 2011, 21.

[6] Вид. Д. Антић, „Анализа и експериментална верификација прорачунатих еквивалентних доза код пилота“, *Јонизујућа зрачења из природе*, Југословенско друштво за заштиту од зрачења, Београд, 1995, 395.

докази да посада ваздухоплова трпи повећани ризик за оболевање од одређених врста рака све су чвршћи и актуелна забринутост о могућим опасностима у обављању овог занимања није без основа.[7] Пилоти су изложени космичком зрачењу, ефикасном изазивачу хромозомских аберација, које прати повећани ризик од рака. Доказано је да је учесталост хромозомских аберација у вези с бројем година летења, па се она повећава за 9%, 19%, 41% и 54% за сваких 5, 10, 20 и 25 година летења.[8] Ипак, неки аутори након спроведеног истраживања на репрезентативном узорку наводе да нису пронашли доказе за повећан ризик смртности стјуардеса од рака дојке или меланома.[9]

У целини посматрано, питање космичког зрачења је ретко разматрано и мало познато широј јавности, иако су последице које ово зрачење изазива више него значајне, што потврђују досадашња истраживања у овој области.[10]

3. ПРАВНИ АСПЕКТ ЗАШТИТЕ ЗДРАВЉА ОД ЈОНИЗУЈУЋЕГ ЗРАЧЕЊА

Европски Савет је још 2. фебруара 1959. усвојио Директиве којима су постављени основни стандарди безбедности за заштиту здравља радника и јавности од опасности од јонизујућих зрачења,[11] а које су измењене Директивама 80/836/Еуратом[12] и 84/467/Еуратом.[13]

---

7 Вид. E. A. Whelan, „Cancer incidence in airline cabin crew", *Occupational and Environmental Medicine*, 60, 2003, 806.

8 L. C. Yong *et al.,* „Chromosome translocations and cosmic sources of ionizing radiation: the NIOSH NCI airline pilot biomarker study", *Proceedings of the 98th American Association for Cancer Research Annual Meeting* (ed. American Association for Cancer Research), Los Angeles 2007, 833.

9 L. E. Pinkerton *et al.*, „Cause specific mortality among a cohort of U.S. flight attendants*", American Journal of Industrial Medicine,* 55(1), 2012, 25.

10 Вид. Н. Томић Петровић, „Cosmic radiation a legal and medical issue in aviation", *International Journal for Traffic and Transport Engineering*, vol.2, no.1, 2012, 8.

11 Council Directives of 2 February 1959 laying down the basic standards for the protection of the health of workers and the general public against the dangers arising from ionizing radiations, OJ No 11, 20.2.1959, 221/59.

12 Council Directive 80/836/Euratom of 15 July 1980 amending the Directives laying down the basic safety standards for the health protection of the general public and workers against the dangers of ionizing radiations, OJ No L 246, 17. 9. 1980, 1.

13 Council Directive 84/467/Euratom of 3 September 1984 amending Directive 80/836/Euratom as regards the basic safety standards for the health protection of the general public and workers against the dangers of ionizing radiations, OJ No L 265, 5.10. 1984, 4.

Према члану 24 Директиве 80/836/Еуратом, све државе чланице имају обавезу да обезбеде да изложени радници добију одговарајуће информације о заштити од зрачења, док члан 45. исте Директиве предвиђа да ће свака држава чланица, у случају несреће, предвидети интервентне нивое и мере које се предузимају од стране надлежних органа, као и неопходне ресурсе у људству и опреми за предузимање акције обезбеђења и чувања јавног здравља.

Директива Савета 89/618/Еуратом од 27. новембра 1989. године о обавештавању јавности о мерама здравствене заштите које се примењују и *корацима који се предузимају у случају радиолошке опасности*[14] намењена је да дефинише, на нивоу Заједнице, заједничке циљеве с обзиром на мере и поступке за информисање јавности ради побољшања оперативне здравствене заштите, која се обезбеђује у случају радиолошке опасности.[15] Наведена директива неће утицати на право држава чланица да примене или усвоје мере за обезбеђење додатних информација у односу на оне које захтева ова директива.[16]

Са развојем научних сазнања из области заштите од јонизујућих зрачења настала је потреба да се донесе нови правни инструмент, Директива Савета 96/29//Еуратом од 13. маја 1996. којом су постављени основни стандарди безбедности за заштиту здравља радника и јавности од опасности од јонизујућих зрачења.[17] С циљем да успостави јединствене основне стандарде безбедности, ова директива примењује се на све делатности које носе ризик од јонизујућег зрачења, а потичу од вештачких или природних извора зрачења.

Свакодневно јавност сазнаје за многобројне акциденте.[18] Дана 19. априла 2012. дошло је до озрачења петоро запослених у Институту за нуклеарне науке у Винчи. Сва лица изложена зрачењу на радном

---

[14] Council Directive 89/618/Euratom of 27 November 1989 on informing the gen eral public about health protection measures to be applied and steps to be taken in the event of a radiological emergency, *OJ L* 357, 7.12.1989, 31 34.

[15] Радиолошком опасношћу у смислу ове директиве поред осталог сматра се и откривање, унутар или ван сопствене територије, ненормалних нивоа радиоактивности који ће вероватно бити штетни за јавно здравље у држави чланици (вид. чл. 2 Директиве Савета 89/618/Еуратом).

[16] Вид. чл. 11 Директиве Савета 89/618/Еуратом.

[17] Council Directive 96/29/Euratom of 13 May 1996 laying down basic safety standards for the protection of the health of workers and the general public against the dangers arising from ionizing radiation, OJ L 159, 29.6.1996, 1.

[18] У случају акцидента у Републици Србији установе овлашћене за поједи начна испитивања, шаљу извештаје Агенцији за заштиту од јонизујућег зрачења и нуклеарну сигурност Србије, а Агенција их верификује, објављује и доставља надлежним министарствима. Ако би вредности радиоактивног зрачења биле повишене, Агенција је одговорна да одмах о томе обавести институције које спро воде одговарајуће мере заштите.

месту примила су дозе зрачења које превазилазе дозвољену границу од 20 микросиверта, о чему је Агенција за заштиту од јонизујућег зрачења и нуклеарну сигурност обавештена са закашњењем.

Према *Закону о заштити животне средине*[19] у Србији заштита од зрачења спроводи се применом система мера којима се спречава угрожавање животне средине и здравља људи од дејства зрачења која потичу из јонизујућих и нејонизујућих извора и отклањају последице емисија које извори зрачења емитују или могу да емитују.[20]

Законом о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности[21] прописују се мере заштите[22] живота и здравља људи и заштите животне средине од штетног дејства јонизујућих зрачења и уређују се услови за обављање делатности са изворима јонизујућих зрачења и нуклеарним материјалима, као и управљање радиоактивним отпадом.[23]

Ради процене нивоа излагања јонизујућим зрачењима професионално изложених лица, пацијената и становништва врше се прописана мерења, у складу са Законом о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности, а Агенција прописује врсте, начин и временске интервале мерења ради процене нивоа, као и границе излагања јонизујућим зрачењима за професионално изложена лица, лица на школовању и становништво.[24] Управни одбор Агенције за заштиту од јонизујућих зрачења и нуклеарну сигурност Србије донео је *Правилник о границама излагања јонизујућим зрачењима и мерењима ради процене нивоа излагања јонизујућим зрачењима*.[25] Према овом правилнику основни ниво зрачења из природе (фон), за дату локацију представља укупно јонизујуће зрачење из извора

[19] *Службени гласник РС*, бр. 135/04, 36/09, 72/09, 43/11.

[20] Вид. чл. 32, ст. 1 Закона о заштити животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 135/04, 36/09.

[21] *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 93/12.

[22] Мере заштите од јонизујућих зрачења које се спроводе ради заштите живота и здравља људи и заштите животне средине од штетног дејства јонизујућих зрачења су поред осталих и систематско испитивање радиоактивности у животној средини, вођење евиденција о изложености јонизујућим зрачењима професионално изложених лица, пацијената и становништва, као и лична и колективна заштита људи од јонизућих зрачења. (Вид. чл. 8 Закона о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности, *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 93/12)

[23] Вид. чл. 1, ст. 1 Закона о заштити од јонизујућих зрачења и о нуклеарној сигурности, *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 93/12.

[24] Упор.: чл. 19, ст. 1 и 2 и чл. 42, ст. 2 Закона.

[25] *Службени гласник РС*, бр. 86/11.

природног порекла у тлу и космичког зрачења, до нивоа који није значајно повећан људским активностима. [26]

Први извештај о повећаном броју леукемија код радника изложених зрачењу објављен је још 1911. године, док данас они пролазе кроз мониторе да би проверили знаке контаминације, а скенери и индивидуални дозиметри помажу да се прати ниво изложености зрачењу ради обезбеђења да радници остану унутар безбедне зоне.

4. ЗАШТИТА ОД ЗРАЧЕЊА У ВАЗДУХОПЛОВСТВУ

Државе имају различите приступе када је реч о заштити од космичког зрачења у ваздухопловству.

У САД посада ваздухоплова још увек се не сматра „радницима са зрачењем" и изложеност космичком зрачењу на радном месту посматра се као нерегулисано зрачење природног порекла. У Европској унији (ЕУ), Директива Савета 96/29//Еуратом (у чл. 10 и 42) прецизира да ће свака држава чланица предузети мере да они који управљају ваздухопловима воде рачуна о излагању преко 1 mSv.[27]

Од 13. маја 2000, ваздухопловне компаније у ЕУ имају обавезу да процене изложеност зрачењу посаде ваздухоплова током лета, да их обавесте о здравственим ризицима и да када су у питању чланови посаде у другом стању, контролишу дозу коју прима фетус. Европски закони такође прописују и обавезу ваздухопловних компанија да воде евиденције о процењеном излагању космичком зрачењу.

Савезна Управа за ваздухопловство САД 1992. године објавила је да пилоти и стјуардесе конвенционалних суперсоничних авиона годишње могу да приме веће, чак и двоструке, дозе зрачења од просечног радника са изворима зрачења, и препоручила да компаније обуче чланове посаде о ризику од зрачења који преузимају. Током 1999. године произведен је компјутерски програм (CARI-6), који омогућава компанијама и ваздухопловцима да процене сопствене ризике од излагања.[28] У другим државама света (изузеци су Канада, Аустралија и Нови Зеланд) излагање космичком зрачењу није приоритетно питање безбедности и заштите здравља на раду.

[26] Вид. чл. 2, тач. 22 Правилника о границама излагања јонизујућег зрачења, *Службени гласник РС*, бр. 86/11.

[27] M. A. Waters, „A specific case: cosmic radiation exposures of flight crew", *Publication 1145: Proceedings of an International Conference on Occupational Radiation Protection Protecting Workers against Exposure to Ionizing Radiation 2002* (International Atomic Energy Agency), Geneva Vienna 2003, 407 408.

[28] M. K. Lim, Cosmic rays: are air crew at risk?, *Occupational and Environmental Medicine*, 59, 2002, 431.

Према *Закону о безбедности и здрављу на раду*[29] у Републици Србији послодавац је дужан да запосленог у току оспособљавања за безбедан и здрав рад упозна са свим врстама ризика на пословима на које га одређује и о конкретним мерама за безбедност и здравље на раду у складу с актом о процени ризика.[30] Код летова комерцијалних путничких авиона безбедност по живот и здравље путника и особља поставља се као основни предуслов. У том смислу разматра се и питање изложености јонизујућем зрачењу и раде се анализе сигурносног типа, које утврђују максималне еквивалентне дозе, при максимално неповољној комбинацији других услова.[31]

Дозвољена годишња доза за лица која не раде професионално са изворима јонизујућег зрачења је 5 mSv, па постоји могућност да је пилот (или члан особља) достигне у случају неколико стотина сати летења на већим висинама (12–13 км). За једну од анализа одабран је узорак од 17 пилота, сврстан у четири групе по 4 или 5 пилота, где свака група одговара једном од типова ЈАТ-ових авиона. Узорци су одабрани насумице из групе пилота који су у претходној години имали уобичајени фонд сати летења. Сви пилоти су и током анализиране године имали уобичајени фонд сати летења и структуру линија.[32] *Законом о ваздушном саобраћају*[33] предвиђено је да радно време чланова посаде у редовном авио-превозу и другим комерцијалним делатностима, дужину времена лета, време на које се члан посаде ослобађа свих дужности дежурстава, одморе чланова посаде у редовном авио-превозу и другим комерцијалним делатностима и плаћено одсуство летачког особља ради одржавања психофизичке кондиције ближе прописује министар надлежан за послове саобраћаја.[34]

Постојећи планови летења у ЈАТ-у (данас Air Serbia) обезбеђују услов да пилоти на интерконтиненталним линијама не могу да у току једне године буду изложени космичком зрачењу које би прешло ниво дозвољен за лица која се не баве професионално радом са изворима јонизујућег зрачења. Процењене дозе за особље указују на низак годишњи ниво изложености путника повишеној радијацији, јер само у изузетним случајевима код пословних људи и дипломата годишњи фонд сати летења може да буде упоредив с временом летења професионалног особља. Било би интересантно у наредној фази истра-

[29] *Службени гласник РС*, бр. 101/05.

[30] Оспособљавање запослених за безбедан и здрав рад послодавац обавља теоријски и практично. (Вид. чл. 27, ст. 2 Закона о безбедности и здрављу на раду, *Службени гласник РС*, бр. 101/05)

[31] Н. Томић Петровић (2012), 3.

[32] Упор. Д. Антић, 397 398.

[33] *Службени гласник РС*, бр. 73/10, 57/11, 93/12.

[34] Вид. чл. 199, ст. 1 Закона.

живања проценити колективне дозе за путнике компаније Air Serbia, јер годишње дозе од 1 до 2 mSv спадају у сасвим прихватљив опсег, али су упоредљиве с дозама код многих случајева професионалног рада с изворима јонизујућег зрачења, па има разлога да се ово питање даље разматра. [35]

Правилником о утврђивању здравствене способности летачког особља у цивилном ваздухопловству[36] Савет Директората цивилног ваздухопловства Републике Србије прописује услове које треба да испуни летачко особље ради стицања лекарског уверења, продужења и обнављања његовог важења; услове и начин вршења лекарских прегледа летачког особља; услове које морају да испуне ваздухопловно-медицински центри и лекари ради стицања овлашћења за издавање лекарског уверења летачком особљу, као и начин вођења здравствене евиденције и медицинске документације.[37] Правилником о летачком особљу из 2013. године поред осталог одређују се услови под којима се испитује здравствена способност летачког особља, поступак за испитивање здравствене способности летачког особља, као и време на које се ова способност испитује.

Правилник о условима и поступку издавања уверења о оспособљености за обављање јавног авио-транспорта[38] прописује ОПС.1390 – „Космичко зрачење" према којем је авио-превозник дужан да води рачуна о изложености космичком зрачењу чланова посаде у току лета, док су на дужности (укључујући и позиционирање) и мора да предузме следеће мере када је посада изложена зрачењу које износи више од 1 милисилверта годишње:

1. процени изложеност посаде космичком зрачењу;
2. узме у обзир процењену изложеност зрачењу чланова посаде при изради плана рада како би се смањила доза зрачења чланова посаде који су већ били изложени високом нивоу зрачења;
3. упозна чланове посаде на које се то односи о ризицима по здравље који су везани за обављање њихових послова;
4. обезбеди да план рада за женске чланове посаде, од момента када буде обавештен да је у другом стању, буде такав да фетус буде изложен зрачењу што је мање могуће и да доза зрачења не пређе 1 милисилверт до краја трудноће;

[35] Вид. Н. Томић Петровић (2012), 4.

[36] *Службени гласник РС*, бр. 101/08.

[37] Овај правилник престаје да важи доношењем Правилника о летачком особљу (*Службени гласник РС*, број 33/13), осим одредаба које се односе на здравствену способност кабинског особља које престају да важе 8. априла 2014.

[38] *Службени гласник РС*, бр. 33/08, 39/09, 14/10, 19/11, 54/12.

5. чува податке о сваком појединцу, а нарочито за чланове посаде који су изложени вишим дозама зрачења. О дозама космичког зрачења чланови посаде морају да буду обавештени сваке године и приликом престанка радног односа.

Такође, авио-превозник не сме да обавља летове на висинама већим од 15.000 m (49 000 ft), изузев ако се користи опрема прописана у ОПС 1.680(а)(1) која је у исправном стању или ако се примењује процедура наведена у ОПС 1.680(а)(2), а вођа ваздухоплова или пилот коме је поверено извођење лета мора да започне понирање што је могуће пре ако се пређу граничне вредности космичког зрачења одређене у оперативном приручнику (видети ОПС 1.680(а)(1)).

Према *OPS 1.680* који се односи на *опрему за откривање космичке радијације* авион који лети на висинама изнад 15.000 m (49.000 ft) мора да има опрему: за откривање и мерење примљене космичке радијације (укупне јонске и неутронске радијације галактичког и сунчевог порекла) и укупну количину примљене радијације у току лета којом се, на свака три месеца, узима узорак зрачења, ако то прихвати ваздухопловна власт.

Правилник о уређајима и опреми који морају бити уграђени у ваздухоплов зависно од категорије и намене ваздухоплова[39] који је у члану 21 предвиђао да „у ваздухоплов који лети на висинама преко 15.000 метара мора бити уграђен индикатор космичког зрачења" престао је да важи *Правилником о престанку важења Правилника о уређајима и опреми који морају бити уграђени у ваздухоплов зависно од* категорије и *намене ваздухоплова.*[40] *Решењем о донесеним и повученим српским стандардима и сродним документима*[41] прописано је да се за заштиту од зрачења између осталог доноси и српски стандард SRPS ISO 20785 –1 (en) о дозиметрији изложености космичком зрачењу у цивилном ваздухопловству, чији су део и основни принципи мерења.

Правилником о условима и поступку издавања уверења о оспособљености за обављање јавног авио транспорта[42] предвиђени су такође поступци за употребу опреме за откривање космичке или соларне радијације: употреба опреме и бележење очитавања, укључујући мере које треба да се предузму у случају прекорачења граничних вредности наведених у оперативном приручнику; поступци у случају да је донета одлука о понирању или промени руте, укључујући поступке пружаоца услуга у ваздушном саобраћају (ATS). Поступци у случају ванредних ситуација и у случају нужде

39 *Службени лист СФРЈ*, бр. 59/84.

40 *Службени гласник РС*, бр. 2/11.

41 *Службени гласник РС*, бр. 25/11.

42 *Службени гласник РС*, бр. 33/08, 39/09, 14/10, 19/11, 54/12.

односе се и на: прекорачење ограничења космичке радијације, а подаци о дозама космичког и соларног зрачења чувају се 12 месеци након што члан посаде напусти посао код авио-превозника.

Континуирана медицинска едукација је део система предузимања одговорности. *Правилником о специјализацијама и ужим специјализацијама здравствених радника и здравствених сарадника*[43] предвиђено је да се у оквиру наставног програма *Ваздухопловна физиологија* изучавају космичка средина, планете и сателити у Сунчевом систему – еколошки погледи, проблеми екобиологије у космосу, дејство гасова и других физичких и хемијских утицаја на организам космонаута, психофизички проблеми човека у космосу, могућности и начини обезбеђења радне способности космонаута, савремена испитивања дејства фактора космичког лета на човека.

Интересантно је да код нас *Базни курс из ваздухопловне медицине* предвиђа поред осталог и изучавање аспеката војне ваздухопловне медицине и космичке медицине, док *Виши курс из ваздухопловне медицине* посвећује два часа космичкој медицини, а посебно темама зрачења и космичког брода.

Едукација мора да се заснива на оправданом садржају, буде ефикасна по питању побољшања праксе, такође да буде повезана с квалитетом и безбедношћу, а при томе не сме да зависи од комерцијалних интереса.[44]

5. ЗАКЉУЧАК

У прошлости, космичка медицина углавном се бавила физиолошким проблемима, а врло мало ваздухопловно-космичком превентивом. Међутим, неке горуће проблеме космичког путовања и дужег боравка у космосу тешко је решити или су нерешиви, а могуће је једино ублажити њихове последице.

Чини се да број прописа који се баве заштитом од космичког зрачења није мали. Ипак, питање космичког зрачења је ретко разматрано и мало познато широј јавности, иако су последице које ово зрачење изазива више него значајне, што потврђују досадашња истраживања у овој области.

На основу до сада објављених резултата изгледа да опасност од космичког зрачења за путнике у савременом авио-саобраћају не постоји. Са изузетком неких професија, као на пример дипломате, трговачки путници, спортисти, већина путника у авиону током године проводи краће време него професионално особље, док распо-

[43] *Службени гласник РС*, бр. 10/.13.

[44] Упор. *Гласник*, Лекарска комора Србије, број 2 3, Београд, 2009, 27.

реди летења за професионално особље углавном испуњавају услов излагања зрачењу испод прописаних нивоа. Ипак, за неке категорије летачког особља (чести интерконтинентални летови) постоји могућност да годишње примљене дозе буду блиске дозама које примају радници који раде са изворима зрачења, а није искључена ни могућност прекорачења прописаних нивоа.

Правно регулисање у овој области захтева обимне анализе и консултације стручњака многих специјалности широм света. Стога је неопходна регионална и међународна сарадња. Медицинско усавршавање током целог живота треба да чини део личног програма учења. Популаризација процеса континуиране медицинске едукације потребна је, као и пооштрена одговорност у сфери обезбеђења права на заштиту здравља од космичког зрачења у области ваздухопловства.

Dr Nataša Tomić-Petrović

Assistant Professor
University of Belgrade

CONSIDERATIONS ON THE RIGHT TO HEALTH PROTECTION FROM COSMIC RADIATION IN AVIATION

Summary

The isssue of exposure to cosmic radiation during high altitude flights is one of the problems which coincided with the cosmic tehnology and aviation development. The cosmic radiation issue has rarely been considered and is relatively unknown to the general public even though the impacts of this radiation are more than significant, which is confirmed by past research in this area. In the past, cosmic medicine mainly dealth with physiological problems, and very little with aviation-cosmic prevention. However, some of the burning issues of cosmic voyage and longer stay in cosmos are hardly solvable or insoluble, and it is possible only to mitigate their consequences. Legal regulation has the effect on decrease in harmful effects of cosmic radiation by limiting the time spent in flying for air crew, while the special protection from this type of radiation for passengers is mainly not predicted. In this paper, the regulations on ionizing radiation protection, especially protection from cosmic radiation in aviation are explained and research studies on risks this radiation brings are presented.

Key words: *Law. – Radiation. – Aviation. – Protection. – Health.*

Др Владимир Марјански*

ФОРМАЛНОПРАВНИ УСЛОВИ ИСКЉУЧЕЊА ПРАВА ПРЕЧЕГ УПИСА АКЦИЈА

Право пречег уписа акција је субјективно имовинско право акционара по основу којег он има право пречег уписа акција из нове емисије сразмерно броју у целости уплаћених акција те класе на дан доношења одлуке о повећању основног капитала, у односу на укупан број акција те класе. Ово право акцио нара, међутим, може бити у потпуности или делимично искључено, уколико за то буду испуњени формалноправни и материјалноправни услови. Предмет овог чланка је првенствено анализа формалноправних услова искључења који су одређени Законом о привредним друштвима Републике Србије, с кратким освртом на решења у праву ЕУ и упоредном праву. Према Закону о привредним друштвима постоје три формалноправна услова за искључење права пречег уписа: 1. да се акције пласирају понудом код које није обавезно објављивање проспекта; 2. да постоји писани предлог одбора директора односно надзорног одбора у случају дводомног управљања друштвом; 3. да се искључење одреди у одлуци скупштине акционарског друштва. У вези с формалноправним условима у раду се указује на неколико слабих решења Закона о привредним друштвима који у значајној мери отежавају положај првенствено тзв. малих акционара.

Кључне речи: *Акције. Акционари. Право пречег уписа акција из нове еми сије. Искључење права пречег уписа. Одлука скупштине ак ционарског друштва.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ПРАВА ПРЕЧЕГ УПИСА

Право пречег уписа акција је субјективно имовинско право акционара по основу којег он има право пречег уписа акција из нове емисије сразмерно броју у целости уплаћених акција те класе на дан доношења одлуке о издавању акција, у односу на укупан број акција

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, *vmarjan ski@pf.uns.ac.rs*

те класе.[1] Статутом се може утврдити да акционар има право пречег уписа и код издавања акција друге врсте и класе од оних које има али само по остваривању тог права од стране акционара који поседују врсту и класу акција које се издају.[2] На самом почетку треба указати на једну омашку законописца. Наиме, с обзиром на то да је основни капитал акционарског друштва утврђен и подељен на акције, до издавања акција може доћи само на основу одлуке о повећању основног капитала, па је дан према којем се одређује обим овог права акционара заправо дан доношења одлуке о повећању основног капитала. Другим речима, нема посебне одлуке о издавању акција без одлуке о повећању основног капитала.

Право пречег уписа акција из нове емисије има вишеструк значај.[3]

Прво, постојањем овог права акционарима се пружа могућност да сачувају исти удео у друштву приликом повећања основног капитала. Повећање основног капитала може да угрози интересе постојећих акционара. На пример, уколико је основни капитал 100 издељен на десет акција номинале 10, тада једна акција представља 1/10 удела. У случају да се основни капитал повећа за нових 100 јединица, он износи 200 и једна акција номинале 10 представља 1/20 удела. Као што се види повећање основног капитала доводи до смањења удела који стари акционар има. Уколико је повећање веће, то је удео постојећег акционара мањи.[4] Дакле, без права пречег уписа акција нове емисије удео појединог акционара у основном капиталу би се смањио и следствено томе обим права акционара (гласачка моћ, учешће у расподели добити и остатку ликвидационе масе) би се редуковао.[5]

Друго, значај права пречег уписа огледа се у томе што се њиме омогућава очување супстанцијалне вредности постојећих акција.[6] Наиме, с циљем привлачења потенцијалних инвеститора акционарско друштво приликом упућивања јавне понуде акција има могућност да одреди емисиону вредност (цену) нових акција која је нижа од

1 Вид. Закон о привредним друштвима ЗПД, чл. 277, ст. 1, *Службени глас ник РС*, бр. 36/11, 99/11 и 83/14.

2 ЗПД, чл. 277, ст. 3.

3 О значају права пречег уписа акција из нове емисије вид. опширније код Зоран Арсић, „Право акционара на приоритетни упис акција нове емисије". *Право и привреда,*бр. 5 8/2000, 76 77, Владимир Марјански, „Право пречег стицања новоиздатих акција", *Право и привреда*, бр. 5 8/2007, 214 215.

4 Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, Нови Сад 2013, 288.

5 О проблему тзв. разводњавања удела акционара у основном капиталу вид. опширније код Жељко Албанезе, „Актуелне одлике разводњавања приватизованог капитала у домаћем окружењу" *Рачуноводство*, бр. 3 4/2004, 95 102.

6 З. Арсић, В. Марјански, 288.

тржишне цене постојећих (старих) акција. Када једном нове акције буду издате, свим акцијама одређене класе, новим и старим, трговаће се по цени која се по правилу налази негде између емисионе вредности новоиздатих акција и тржишне вредности старих акција. Ако постојећи акционар не стекне одређену пропорцију нових акција, нови акционари ће бити „пуштени“ у друштво, тј. постаће акционари сувише јефтино.[7] У таквој ситуацији они ће нове акције платити мање него што је била тржишна вредност постојећих (старих) акција. Као последица тога, тржишна вредност „старих“ акција ће пасти, узрокујући при томе губитак тзв. старим акционарима.[8] Такав губитак може бити спречен вршењем права пречег уписа.[9]

Ипак, заштита акционара није апсолутна. Прво, могуће је да акционар у тренутку доношења одлуке о повећању основног капитала нема довољно финансијских средстава да изврши упис и уплату нових акција, а да при томе нема довољно гласова да спречи доношење одлуке о повећању основног капитала. Друго, право пречег уписа под одређеним условима може бити у потпуности или делимично искључено.

Да би дошло до искључења права пречег уписа неопходно је да буду испуњени формалноправни и материјалноправни услови искључења. Формалноправни услови искључења одређени су у ЗПД. За искључење права пречег уписа, међутим, треба да постоји и материјална оправданост таквог поступка. То су материјалноправни услови искључења. Они су у упоредном праву изграђени кроз судску праксу.

Узимајући у обзир ограничен обим овог рада, тема овог чланка јесте анализа формалноправних услова за искључење права пречег уписа.

2. ПОЈАМ ИСКЉУЧЕЊА ПРАВА ПРЕЧЕГ УПИСА

Акционарско друштво понекад може да има интерес да искључи акционарима право пречег уписа акција из нове емисије. Разлози за такво поступање друштва у пракси могу бити различити (санација, издавање акција запосленима, члановима управе, квалификованом инвеститору и сл.). Искључење значи да акционар у конкретном случају повећања основног капитала нема право пречег уписа нових

7 Paul L. Davies, Gower and Davies’ principles of modern Company Law, sev enth edition, Лондон, 2003, 632.

8 Ian Macneil, „‘Shareholders’ pre emptive rights“, *Journal of Business Law*, бр. 1/2002, 79.

9 Владимир Марјански, „Право пречег стицања новоиздатих акција“, 214.

акција у сразмери с величином његовог дотадашњег учешћа у основном капиталу.

Право пречег уписа може бити потпуно или делимично искључено. Закон о привредним друштвима садржи појмове искључење и ограничење права. Потпуно искључење права пречег уписа значи да је право искључено у односу на целокупну емисију акција обухваћену конкретном одлуком о повећању основног капитала. Делимично искључење (ограничење) права значи да је право искључено само у односу на један део емисије, тј. само у односу на један број емитованих акција или постоји када се утврди номинална вредност акција коју акционар мора да поседује да би имао право пречег уписа. Делимичним искључењем (ограничењем) не сматра се прописивање преклузивног рока у коме се оно може остварити (закон, статут, одлука о емисији). То представља само утврђивање начина коришћења права.[10]

Ради спречавања било каквих злоупотреба, модерна законодавства предвиђају врло строге формалне услове искључења. У појединим земљама су ради допуне формалних услова у судској пракси развијени и материјални разлози оправдања који такође морају бити испуњени, а који се у теорији називају материјалним условима искључења права пречег уписа.

3. ФОРМАЛНОПРАВНИ УСЛОВИ ИСКЉУЧЕЊА

3.1. Право Републике Србије

У праву Републике Србије формалноправни услови искључења права пречег уписа акција из нове емисије предвиђени су у ЗПД. Право пречег уписа може се ограничити или искључити само у случају понуде код које није обавезна објава проспекта у смислу закона којим се уређује тржиште капитала, и то одлуком скупштине донетом на писани предлог одбора директора, односно надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно.[11]

Дакле, према ЗПД формалноправни услови искључења су: 1. да се акције пласирају понудом код које није обавезно објављивање проспекта; 2. да постоји писани предлог одбора директора односно надзорног одбора у случају дводомног управљања друштвом; 3. да се искључење одреди у одлуци скупштине акционарског друштва.

[10] Супротан став Мирко Васиљевић, *Водич за читање Закона о привредним друштвима*, Београд 2004, 325.

[11] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 1.

3.1.1. Понуда код које није обавезна објава проспекта

Да би право прече уписа акција уопште могло бити искључено према ЗПД неопходан услов је да се нове акције пласирају понудом код које није обавезна објава проспекта.[12] У члану 12 Закона о тржишту капитала[13] наведено је 10 изузетака од обавезе објављивања проспекта. У контексту искључења права пречег уписа од значаја је 6 изузетака.[14]

Овде одмах треба приметити да није јасно зашто је могућност искључења права пречег уписа према ЗПД везана за постојање обавезе објављивања проспекта. Овде је писац закона вероватно пошао од претпоставке да у случају понуде код које постоји обавеза објављивања проспекта искључење права пречег уписа не може бити оправдано јер је реч о понуди код које је могуће да било које лице упише акције (јавна понуда акција). У складу с тим, тада није реч о тзв. наменској емисији где би иначе могла да постоји оправданост искључења. Треба, међутим, имати у виду да према Закону о тржишту капитала објављивање проспекта није обавезно не само у случају приватне понуде, већ и у одређеним прописаним случајевима код јавне понуде.[15] Други аргумент који би могао ићи у прилог решења према којем није допуштено искључење права пречег уписа у случају понуде код које је обавезно објављивање проспекта јесте чињеница што је у случају јавне понуде акција допуштено издавање акција испод њихове тржишне вредности уколико том јавном понудом друштво постаје јавно.[16] Тада би због искључења права пречег уписа могло бити онемогућено очување супстанцијалне вредности старих акција постојећих акционара.[17]

Ипак, мишљења смо да је везивање могућности искључења права пречег уписа за одсуство обавезе објављивања проспекта погрешно. Наиме, реч је о два потпуно различита института. Проспект је техничко-правни документ за информисање улагача који треба да им помогне приликом доношења инвестиционе одлуке.[18] Обавеза

---

[12] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 1

[13] Закон о тржишту капитала ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/11.

[14] Остали изузеци не односе се на повећање основног капитала (вид. ЗТК, чл. 12, ст. 1, тач. 6 и 7), односе се на понуду хартија од вредности које се нуде, додељују или ће бити додељене у вези са статусном променом спајања друштва (вид. ЗТК, чл. 12, ст. 1, тач. 8) где се иначе право пречег уписа не примењује и на понуду акција које се додељују или ће бити додељене постојећим акционарима (вид. ЗТК, чл. 12, ст. 1, тач. 9).

[15] Вид. ЗТК, чл. 12.

[16] Вид. ЗПД, чл. 260, ст. 4.

[17] Вид. претходна излагања о значају права пречег уписа.

[18] У вези с пружањем информација улагачима на тржишту капитала вид. опширније код Јелена Лепетић, „Public disclosure of inside information“, *Анали Прав ног факултета у Београду*, бр. 3/2012, 188 206, Владимир Марјански, „Обавезе

објављивања проспекта зависи од чињеница које се везују за право тржишта капитала, тј. од процене да ли на страни потенцијалних улагача постоји потреба да се у конкретном случају информишу путем проспекта. Искључење права пречег уписа треба да се заснива на материјалној оправданости таквог поступка, а не на томе да ли је у конкретном случају реч о понуди код које није обавезно објављивање проспекта. У случају понуде код које постоји обавеза објављивања проспекта теже је доказати оправданост искључења права пречег уписа, али се таква оправданост не може *a priori* искључити. Према ЗПД, међутим, искључење права пречег уписа није допуштено у случају понуде код које је обавезна објава проспекта.

Да резимирамо, давање могућности за искључење права пречег уписа само код понуда код којих објава проспекта није обавезна није логично. Норме о изузецима од обавезе објављивања проспекта из члана 12 ЗТК имају потпуно другачији циљ. Изузеци су прописани јер се пошло од претпоставке да ни у једном од наведених случајева информисање потенцијалних улагача путем проспекта није неопходно. Поред тога постоје изузеци (ЗТК, чл. 12, ст. 1, тач. 6–9) који се примењују када се право пречег уписа свакако не може вршити. С друге стране, за искључење права пречег уписа треба да постоји материјална оправданост таквог поступка која није ни у каквој вези с тим да ли је реч о понуди код које постоји обавеза објављивања проспекта.

3.1.2. Предлог одбора директора односно надзорног одбора у случају дводомног управљања друштвом

Да би била донета одлука скупштине акционарског друштва о искључењу права пречег уписа неопходно је да претходно постоји писани предлог одбора директора односно надзорног одбора уколико је управљање друштвом дводомно. Тим предлогом предлаже се доношење одлуке о искључењу.[19] Значај предлога огледа се у томе што је он основ за испитивање оправданости одлуке о искључењу у евентуалном поступку побијања скупштинске одлуке.[20]

Предлог одбора директора односно надзорног одбора у случају дводомног управљања мора бити сачињен у писаној форми.[21] Усмена допуна извештаја на скупштини није допуштена.

јавних друштава у погледу *ad hoc* информисања јавности на тржишту капитала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2012, 297 309, Владимир Марјански, „Обавезе јавних друштава у погледу редовног периодичног извештавања јавности, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2012, 315 325.

[19] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 1.

[20] Uwe Hüffer, *Beckische kurzkommentare Aktiengesetz*, 4. neurbeitete Auflage, München 1999, 834.

[21] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 1.

Предлог обавезно садржи разлоге ограничења (делимичног искључења), односно искључења права пречег уписа и детаљно образложење предложене емисионе цене.[22] Предлог треба да садржи конкретне чињенице којима се поткрепљује материјална оправданост искључења права пречег уписа. При томе није довољно само навести апстрактне разлоге или општа места (фразе), нпр. да је искључење права пречег уписа у интересу акционарског друштва. Материјални предуслови за искључење нису изричито предвиђени националним законима. Они су претежно изграђени кроз судску праксу. Ипак, обавезујући одбор директора да поднесе предлог у којем су садржани разлози искључења, законодавац је на посредан начин указао на неопходност доказивања материјалне адекватности таквог поступка.

Материјална адекватност постоји ако су испуњени одређени материјални предуслови. Суштински, они представљају одговарајуће стандарде који морају бити испуњени да би искључење било стварно оправдано. Да ли су они испуњени, то је фактичко питање, које је потребно испитати у сваком конкретном случају. Ипак, генерално посматрано, можемо рећи да су материјални предуслови испуњени ако се искључење базира на интересу акционарског друштва. При томе интерес треба да служи унапређењу економске активности тог друштва и да при томе буде већи од интереса било ког или појединe групе акционара.[23] Одлука о искључењу чије се доношење предлаже мора да буде истовремено подобна и неопходна. Она је подобна ако се путем ње могу достићи циљеви унапређења економске активности. Таква одлука може се сматрати неопходном само уколико не постоји алтернатива у другој одлуци или уколико она, између више алтернатива, на најбољи начин служи остварењу поменутих циљева.[24] Наравно, то су само опште смернице које могу помоћи суду приликом евентуалног процеса оспоравања одлуке о искључењу права.[25]

Предлог обавезно садржи и детаљно образложење предложене емисионе цене.[26] Ово је од изузетног значаја за старе акционаре јер само уколико је емисиона вредност одговарајућа (адекватна) онда неће доћи до смањења супстанцијалне вредности акција старих акционара у случају искључења њиховог права пречег уписа. У вези с утврђивањем емисионе вредности ЗПД садржи одређена правила.

---

[22] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 1.

[23] Uwe Hüffer, *Beckische kurzkommentare Aktiengesetz*, 6. neurbeitete Auflage, München 2004, 924.

[24] *Ibid.*

[25] Као што је још током уводних напомена наведено материјалноправни услови искључења због обима рада биће обрађени у посебном чланку.

[26] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 1.

Емисиона цена је вредност по којој се издају акције и утврђује се одлуком о издавању акција.[27] Одлуку о одређивању емисионе вредности доноси скупштина, осим у случају издавања одобрених акција када ту одлуку доноси одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно.[28] Ако одлуку доноси скупштина, том одлуком може се утврдити распон емисионе цене уз овлашћење одбору директора, односно надзорном одбору ако је управљање друштвом дводомно да посебном одлуком утврди емисиону цену у оквиру тог распона.[29]

Емисиона цена не може бити нижа од номиналне вредности акција, односно рачуноводствене вредности код акција без номиналне вредности.[30]

Емисиона цена не може бити нижа ни од тржишне вредности утврђене у складу са чланом 259 ЗПД,[31] осим у случају када се акције издају у поступку јавне понуде у смислу закона којим се уређује тржиште капитала којом акционарско друштво постаје јавно акционарско друштво. Дакле, у случају искључења права пречег уписа издавалац свакако не може одредити емисиону вредност испод тржишне вредности акција која се иначе одређује у складу са чл. 259 ЗПД јер је искључење права пречег уписа могуће само у случају понуде код које није обавезно објављивање проспекта, тј. понуде која није јавна. Ипак, уколико тржишну вредност није могуће утврдити у складу са чл. 259, ст. 1 ЗПД тада се емисиона вредност може утврдити само путем процене.[32] Овде је реч о језичкој омашци писца закона. Наиме, као што је већ поменуто, емисиона вредност утврђује се одлуком о издавању акција (повећању основног капитала). Не врши се процена емисионе вредности, већ се уколико није могуће утврдити тржишну вредност акција у складу са чл. 259, ст. 2 утврђује процењена вредност акција. Тада заправо емисиона вредност не сме бити утврђена испод тако процењене вредности. У случају искључења права пречег уписа акционар који сматра да та процена није одговарајућа има право да по том основу побија одлуку о искључењу права пречег уписа акција.[33] Одлука о искључењу не може се спровести пре истека рока

[27] ЗПД, чл. 260, ст. 1. Израз емисиона цена није адекватан јер се приликом повећања основног капитала закључује уписни а не купопродајни уговор. Реч је о оригинерном, а не деривативном стицању акција, па би у складу са тим адекватнији израз био емисиона вредност акција.

[28] ЗПД, чл. 260, ст. 2.

[29] Вид. ЗПД, чл. 260, ст. 3.

[30] Вид. ЗПД, чл. 260, ст. 5.

[31] Вид. ЗПД, чл. 260, ст. 4.

[32] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 3.

[33] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 3.

за побијање те одлуке који у складу с општим правилима о побијању одлука скупштине износи 30 дана од дана сазнања за доношење одлуке скупштине, односно од дана регистрације ако је одлука била регистрована у складу са законом о регистрацији, али не касније од три месеца од дана када је одлука донета.[34] Овде је реч о посебном основу за побијање одлуке скупштине који се односи на одлуку о искључењу права пречег уписа. У вези с оваквим правилима постоје извесни проблеми.

Проблем о којем ће бити више речи касније јесте двојност одлука о повећању основног капитала и искључењу права пречег уписа. У вези с тим, већ на овом месту намеће се питање шта значи спровођење одлуке о искључењу права пречег уписа? Наиме, спровођење одлуке о искључењу права пречег уписа везано је за спровођење одлуке о повећању основног капитала. Уколико се не спречи спровођење одлуке о повећању основног капитала код којег је потпуно или делимично искључено право пречег уписа, успешним побијањем одлуке о искључењу права пречег уписа не спречава се спровођење одлуке о повећању основног капитала јер је посебан основ побијања овде везан искључиво за одлуку о искључењу права пречег уписа а не и одлуку о повећању основног капитала. Због овакве омашке писца закона, који је уместо одлуке о повећању основног капитала чији би интегрални део требало да буде одлука о искључењу права пречег уписа установио постојање две одлуке, акционар који подноси тужбу ради побијања одлуке о искључењу права пречег уписа може једино да покуша да привременом мером тражи да се спречи спровођење одлуке о повећању основног капитала до окончања спора који се односи на побијање одлуке о искључењу права пречег уписа.[35] Надлежни суд на захтев тужиоца може да одреди привремену меру забране извршења, односно регистрације повећања основног капитала. На захтев лица које је поднело тужбу за побијање одлуке региструје се забележба спора у складу са Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.[36]

3.1.3. Одлука о искључењу права пречег уписа

Одлуку о искључењу права пречег уписа акционара може донети искључиво скупштина акционарског друштва. Одлуку о искљу-

---

34 Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 4. у вези са чл. 376.

35 О правима акционара и њиховом активизму у реализацији њихових пра ва видети опширније код Van der Elst Christoph, „Shareholder rights and shareholder activism: The role of the general meeting of shareholders„, *Анали Правног факултета у Београду,* бр. 3/2012, 39 64.

36 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службе ни гласник РС*, бр. 11/11.

чењу права пречег уписа не може донети неки други орган друштва. Чак и када одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, има овлашћење да издаје одобрене акције, одлуку о искључењу права пречег уписа и тада мора донети скупштина акционарског друштва.[37]

Одлуку о искључењу права пречег уписа доноси скупштина трочетвртинском већином гласова присутних акционара.[38] Реч је о императивној одредби, па није могуће статутом предвидети мању већину за доношење те одлуке. Сматрамо да је статутом допуштено утврдити само већу већину (нпр. трочетвртинску већину гласова од укупног броја акција с правом гласа).

Проблем који смо помињали раније је што ЗПД предвиђа постојање две одвојене одлуке: одлуку о повећању основног капитала и одлуку о искључењу права пречег уписа. Одлука о искључењу права пречег уписа треба да буде саставни и неодвојиви део одлуке о повећању основног капитала.[39] Тако би у случају мањкавости искључења права пречег уписа због недостатака формалноправних и, или материјалноправних услова искључења целокупна одлука скупштине о повећању основног капитала могла бити предмет побијања. Делимично побијање не би било могуће. Према постојећем решењу побијање посебне одлуке о искључењу права пречег уписа нема смисла уколико тиме није могуће спречити спровођење повећања основног капитала по одлуци о повећању основног капитала која би засебно могла бити правно перфектна (нпр. у складу са законом и статутом[40]). То што је према ЗПД за повећање основног капитала довољна обична већина гласова присутних акционара, а за искључење права пречег уписа трочетвртинска већина гласова присутних акционара, никако не спречава могућност законског решења према којем би искључење права пречег уписа било саставни део одлуке о повећању основног капитала. Тада би једино била потребна трочетвртинска већина гласова присутних акционара за доношење конкретне одлуке о повећању основног капитала којом би било обухваћено искључење права пречег уписа.

Коначно, треба имати на уму да је право пречег уписа опште чланско право. Оно је апстрактно све до доношења одлуке о повећању основног капитала када оно постаје конкретно право на упис акција нове емисије. С обзиром на то да оно настаје као конкретно право тек доношењем одлуке о повећању основног капита-

[37] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 6.

[38] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 2.

[39] Uwe Hüffer, *Beckische kurzkommentare Aktiengesetz*, 6. neurbeitete Auflage, München 2004, 922.

[40] Вид. ЗПД, чл. 376, ст. 1, тач. 4.

ла, оно пре доношења такве одлуке не може бити претходно (лат. *ex ante*) искључено, тј. не може бити искључено за емисију за коју одлука о повећању основног капитала тек треба да буде донета. У домаћој пракси се понекад среће апсурдна ситуација у којој се, додуше на истој скупштини, прво донесе одлука о искључењу права пречег уписа које још није настало, па се после тога доноси одлука о повећању основног ка

3.2. Право ЕУ и упоредно право

Формални предуслови искључења права пречег стицања су изричито предвиђени националним Законима о привредним или акционарским друштвима. Материја права пречег стицања, па и евентуалног његовог искључења регулисана је у члану 29 Друге компанијске директиве ЕУ.[41]

Анализирајући неколико националних закона[42] уочили смо пет уобичајених формалноправних услова за искључење овог права. То су следећи формалноправни услови:

а) искључење права пречег стицања може бити извршено искључиво одлуком генералне скупштине акционарског друштва;

б) одлука о искључењу мора бити саставни део одлуке о повећању основног капитала;

в) наведена одлука мора бити донета прописаном већином;

г) намера о искључењу мора бити прописно унапред објављена,

д) извештај управног одбора о материјалној оправданости искључења мора да постоји.

---

41 Друга директива Савета 77/91/ЕЕЦ о координацији заштитних мера намењених заштити интереса чланова и осталих у погледу формирања отворених акционарских друштава и одржавању капитала и променама на капиталу, с циљем изједначавања тих заштитних мера (даље у тексту и фуснотама: Друга комапнијска директива ЕУ).

42 Извршили смо упоређивање немачког, швајцарског Закона о акционарским друштвима, као и хрватског Закона о трговачким друштвима. О искључењу права пречег уписа у наведеним правним системима вид. опширније код Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht mit Fusiongesetzt, Internationalen Rechnunglegungsgrundsätzen IFRS, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht und Corporate Governance*, 3. Auflage, Zürich Basel Genf, 2004 за швајцарско право,Wymeersch, Eddy. „Das Bezugsrecht der alten Aktionäre in der Europäischen Gemeinschaft: eine rechtsvergleichende Untersuc hung." *Die Aktiengesellschaft,* 8 /1998, 382 395, Hofmeister, Holger. „Der Ausschluss des aktienrechtlichen Bezugsrechts bei börsennotierten AG. Konsequenzen aus BGHZ 136, 133 ff." *Siemens/Nold , NZG* 713 (2000) за немачко право.

С обзиром на то да обим овог чланка не допушта анализу свих наведених формалних услова, те да су једни искључиво техничког карактера (нпр. начин објављивања намере искључења), док су други израз одређене правне политике (нпр. питање прописане већине за доношење поменуте одлуке), предмет наше анализе биће само неки од њих.

Најпре, Друга компанијска директива ЕУ предвиђа да право пречег стицања може бити искључено само одлуком генералне скупштине акционарског друштва.[43] Једини изузетак може да постоји у случају тзв. овлашћеног повећања основног капитала (код нас одобрени капитал[44]), када искључење може бити учињено одлуком одбора директора по процедури и овлашћењу добијеном од генералне скупштине акционарског друштва. ЗПД из 2011. године предвиђа исто правило за разлику од ЗПД из 2004. године који није био у складу с поменутом директивом. Закон који је важио пре доношења ЗПД из 2011. године предвиђао је да право може бити укинуто или ограничено не само одлуком генералне скупштине друштва, већ и оснивачким актом и статутом. То значи да је код нас ово право било установљено као законско диспозитивно право.

Добро је што је такво решење напуштено јер је на такав начин право пречег уписа релативно лако могло бити искључено и то генерално за све будуће случајеве (док су наведени акти на снази), а не само за конкретан случај повећања основног капитала, када за тако нешто, морају бити испуњени строги услови.

Друго, иако се то у Другој компанијског директиви ЕУ изричито не помиње, упоредноправна решења предвиђају да одлука о искључењу мора бити саставни део одлуке о повећању основног капитала. Аргументи у прилог таквом законском решењу изнети су у претходном наслову. ЗПД, међутим, као што је већ поменуто одваја одлуку о искључењу права пречег уписа од одлуке о повећању основног капитала.

Коначно, Друга компанијска директива ЕУ, а у складу с њом и анализирана упоредно– правна решења предвиђају обавезно постојање извештаја одбора директора у којем се наводе разлози ограничења (делимичног искључења), односно искључења права пречег уписа и детаљно образложење предложене емисионе цене. Према нашем ЗПД овај извештај је саставни део предлога који одбор директора односно надзорни одбор у случају дводомног управљања упућује скупштини ради доношења одлуке о искључењу права пречег уписа.[45] Предлог, такође, обавезно мора да садржи разлоге

[43] Вид. Другу компанијску директиву ЕУ, чл. 29, ст.4.

[44] Вид. ЗПД, чл. 313.

[45] Вид. ЗПД, чл. 278. ст.

ограничења (делимичног искључења), односно искључења права пречег уписа и детаљно образложење предложене емисионе цене о чему је било речи у посебном поднаслову.[46]

4. ЗАКЉУЧАК

У праву Републике Србије формалноправни услови искључења права пречег уписа предвиђени су у ЗПД. Постоји неколико лоших решења.

Прво, давање могућности за искључење права пречег уписа само код понуда код којих објава проспекта није обавезна није логично. Норме о изузецима од обавезе објављивања проспекта из члана 12 ЗТК имају потпуно другачији циљ. Изузеци су прописани јер се пошло од претпоставке да ни у једном од наведених случајева информисање потенцијалних улагача путем проспекта није неопходно. Поред тога постоје изузеци (ЗТК, чл. 12, ст. 1, тач. 6–9) који се примењују када се право пречег уписа свакако не може вршити. С друге стране, за искључење права пречег уписа треба да постоји материјална оправданост таквог поступка која није ни у каквој вези с тим да ли приликом упућивања понуде постоји обавеза објављивања проспекта. Генерално посматрано материјална оправданост постоји ако се искључење базира на интересу акционарског друштва. При томе интерес треба да служи унапређењу економске активности тог друштва и да при томе буде већи од интереса било ког или појединe групе акционара. У случају понуде код које постоји обавеза објављивања проспекта теже је доказати оправданост искључења права пречег уписа, али се таква оправданост не може *a priori* искључити. Према ЗПД, међутим, искључење права пречег уписа није допуштено у случају понуде код које је обавезна објава проспекта.

Друго, ЗПД предвиђа постојање две одвојене одлуке: одлуку о повећању основног капитала и одлуку о искључењу права пречег уписа. Одлука о искључењу права пречег уписа треба да буде саставни и неодвојиви део одлуке о повећању основног капитала. Тако би у случају мањкавости искључења права пречег уписа због недостатака формалноправних и, или материјалноправних услова искључења целокупна одлука скупштине о повећању основног капитала могла бити предмет побијања. Делимично побијање не би било могуће. Према постојећем решењу побијање посебне одлуке о искључењу права пречег уписа нема смисла уколико тиме није могуће спречити спровођење одлуке о повећању основног капитала која би засеб-

[46] Вид. ЗПД, чл. 278, ст. 1.

но могла бити правно перфектна. Тренутно решење битно смањује могућност заштите интереса „старих" акционара.

Треће, у раду је указано и на извесне слабости ЗПД у вези с одредбама које предвиђају посебан основ за побијање одлуке о искључењу права пречег уписа у случају када су акционари незадовољни емисионом вредношћу акција.

Dr Vladimir Marjanski

Assistant Professor
University of Novi Sad, Faculty of Law

FORMAL REQUIREMENTS FOR EXCLUSION OF THE PREFERENTIAL RIGHT TO SHARES

Summary

A preferential subscription right to shares is a subjective property right of a shareholder based on which he or she has a preferential right of subscription to shares from a new issue in proportion to the number of fully paid-in shares of that class he or she holds on the date of adoption of the decision on issuing of shares compared with the total number of shares of that class. However, this right of a shareholder can be completely or partially excluded, if formal and substantial requirements for such exclusion are met. This paper focuses primarily on analysis of formal requirements for exclusion envisaged by the Serbian Law on Companies with a brief review of EU law and comparative law. According to the Serbian Law on Companies, there are three formal requirements for exclusion of a preferential subscription right: 1. shares are issued through the offer for which there is no obligation to publish a prospectus; 2. there is a written proposal for exclusion from the Board of Directors, or of the Supervisory Board if a company has a two-tier management system; 3. the exclusion is based on a decision of the General Meeting of the Joint-stock company. With regards formal requirements, the paper concentrates on several weaknesses of the Serbian Law on Companies which considerably undermine the position of the so-called small shareholders.

Key words: *Shares. – Shareholders. – Preferential subscription right to shares from a new issue. – Exclusion of a preferential subscription right. – Decision of the General Meeting of the Joint-stock company.*

ПРИКАЗИ

Др Борис Беговић*

Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2014, 685

Одавно се није појавила књига усредсређена на економске теме која је у јавности, макар оној западних земаља, изазвала више пажње. Додуше, пре свега у широј јавности – академска заједница је *Капитал у XXI веку* прилично хладно примила, а универзитетски економисти који су се укључивали у расправу бавили су се углавном политичким импликацијама неких од изнесених теза, односно предложеним државним политикама.

Због чега је толико пажње било усредсређено на ову књигу? Било, будући да после овогодишњег појављивања књиге и експресне реакције широке јавности на њу, уз својеврсно медијско подизање температуре, ствари већ крајем ове године улазе у прилично хладну фазу, уз перспективу да уроне у ледено доба. Играла је, изгледа, само једно лето. Независно од тога, треба одговорити и на питање на нормативном плану: да ли Пикетијева књига заиста заслужује такву пажњу?

У покушају објашњавања феномена званог *Капитал у XXI веку* треба поћи од чињеница. Књига је обимна, нуди обиље материјала и посвећена је нечему што се свакако почетком овог века може посматрати као контроверзно политичко, пре него економско питање – економској неједнакости, како у погледу неједнакости факторских доходака, тако и неједнакости богатства. Пођимо редом. У првом делу књиге аутор објашњава основне категорије и то чини на начин прилагођен онима којима је ово прва књига повезана с економијом. Следи разматрање динамике односа између капитала (фонда) и дохотка (тока), што је отелотворено у сагледавању промена показатеља којим се укупна вредност капитала у земљи исказује бројем година кумулираног националног дохотка. Трећи део књиге бави се

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

структуром неједнакости, па се стога понаособ разматра питање неједнакости у оквиру радних доходака и дохотка од капитала, као и утицајем наслеђивања на неједнакост. Четврти део је посвећен предлозима државних политика, пре свега препорука у погледу прогресивног опорезивања укупног дохотка по високој маргиналној стопи и истом таквом глобалном опорезивању фонда капитала.

Пикетијева књига није намењена економистима – њима је заиста тешко да читају штиво у коме не постоји елементарна дисциплина излагања, а још им теже пада неукусна тривијализација неких контроверзи економске теорије, праћена исувише екстензивним и често непрецизним (на ивици нетачности) објашњавањем основних категорија – нити представља било какав допринос савременој економској теорији. Штавише, могло би се рећи да она представља покушај да се економска наука врати у XIX век. Без икаквог теоријског доприноса, уз нешто мало емпирије, која се код Пикетија своди искључиво на прикупљање података и на пуке илустрације, обично користећи само један показатељ, без икакве расправе од томе који је показатељ поузданији, а да никада није постављена одговарајућа теоријска хипотеза, још мање економетријски верификована, ова књига представља не толико занимљиву популарну историју економске неједнакости свету, пре свега западним друштвима, уз ламентирање на тему куда то иду капитализам и западна цивилизација.

На плану препорука за вођење политике, Пикети пише да се показало да је оптимална маргинална пореска стопа на укупан доходак 80%. Позива се, при томе, на налазе сопственог рада, али се није удостојио да читаоцима књиге објасни критеријум оптималности који је коришћен, претпоставке ове анализе, а још мање да им разлучи механизам те оптимизације. Једино што преостаје јесте ауторово убеђење да увођење оваквог пореза, на пример у САД, које он сматра идеалним за овакву операцију, не би имало никакво алокативног ефекта. Што се мотива оваквог опорезивања тиче, сазнајемо да богатима треба одузети доходак, уз напомену да се тиме не би добило много да плану пореских прихода.

На овом примеру се јасно може видети Пикетијев став који провејава кроз целу књигу, а то је да људи уопште не реагују на подстицаје, па стога ни опорезовани богаташи неће потражити неку други јурисдикцију, односно алтернативну пореску управу. А то што се сељење (у Швајцарску или Монте Карло) заиста дешава, чак и при пореским стопама далеко нижим од оних које предлаже Пикети, е па „тим горе по стварност“! Штавише, у Пикетијевом свету, у коме подстицаји нису релевантни, привреде неизбежно расту по унапред предодређеним стопама раста, без обзира на то какав је институцио-

нални оквир, односно какве се државне политике спроводе, тј. без обзира на то каквим се подстицајима излажу појединци који доносе одлуке да штеде, инвестирају и иновирају. Дакле, за Пикетија је све то само неминовност. Ради се наравно о историјској неминовности, онаквој какву је спознао дијалектички материјализам, а будући да се ради о гвозденој логици те врсте, потпуно је контрапродуктивно, чак и глупо, опирати се гвозденим законима историје. На пример, после неминовно високих стопа раста током транзиторног раста, тзв. хватања прикључка, и приближавања стабилном стању, стопа раста неминовно и заувек пада. А свака земља ће имати максималну могућу стопу транзиторног привредног раста, без обзира на то какав је институционални оквиру у њој, односно какве се државне политике спроводе. Одатле природно следи да би данашња Кина неминовно расла истим оваквим стопама раста и да је на власти остало Маово политичко друштво које би спроводило ново издање великог скока напред уз одговарајућу културну револуцију.

А поред тога што је љубитељ историјског материјализма, код Пикетија се јасно види велико поштовање према марксистичкој теорији и тиме што имплицитно прихвата теорију радне вредности – налаз да једино рад ствара вредност у процесу производње. Капитал не ствара никакву вредност, у свему томе он служи једино као механизам за експлоатацију радне снаге. За Пикетија, стога, капитал није производни фактор, већ није ништа друго но синоним богатства, односно акумулиране вредности. Савршено конзистентно, будући да не доприноси стварању вредности, не може да буде производни фактор. Стога и не чуди да његова концепција капитала укључује и стамбени фонд (капиталиста је свако ко станује у некретнини коју поседује, ма колико она била мало вредна), па се у приносе од капитала укључује и тзв. импутирана рента, дакле калкулативни, а не стварни принос на тржишту капитала. Из радне теорије вредности и експлоатације радне снаге коју она неминовно подразумева, произлази и морална одбојност према капиталу и сваком приносу од капитала, па су стога капитал и рад јасно раздвојени, попут Орвелове дихотомије „две ноге лоше, четири ноге добре“. Додуше, за Пикетија нису сви они са четири ноге добри. Лоши су они четвороношци које имају велике радне дохотке, попут менаџера великих корпорација. Непристрасни читалац може да претпостави да су те животиње лоше због тога што штедњом тог дохотка могу да створе богатство, односно капитал, како га Пикети назива, па да онда живе од приноса од тог капитала – дакле, могу да се уздигну на две ноге. Уколико би целокупан свој доходак потрошили, проћердали српски речено, па потом неминовно живели искључиво од рада, онда би то према Пикетијевој логици било сасвим у реду!

А однос капитала, заправо богатства, и националног дохотка не само да сада расте, него ће, налаз је аутора, неминовно расти у будућности. Јесте да је у току протекла два века дошло до значајног колебања на том плану, али то Пикети приписује искључиво последицама два светска рата. Будући да светске ратове не очекујемо, наведени однос ће неминовно расти. А онда ступа на сцену гвоздена логика. Што је већи однос (фонда) капитала и (тока) националног дохотка, повећава се учешће дохотка од капитала у односу на дохотке од рада у укупном националном дохотку (на страну што према подацима које изнео сам аутор, учешће дохотка од капитала у последња два столећа сводно ипак пада), а будући да је неједнакост дохотка од капитала инхерентно (може ли друкчије?) већа од неједнакости дохотка од рада, свеукупна економска неједнакост ће неминовно расти.

Уколико поверујемо наведеној гвозденој логици (и занемаримо чињенице које износи сам аутор), ипак у књизи не добијамо одговор на основно питање: а зашто је то лоше? Другим речима, шта се то догађа када порасте економска неједнакост, без обзира на то да ли се ради о неједнакости дохотка или богатства? Аутор само напомиње да повећање економске неједнакости може да „дестабилизује цело друштво“. И ту долазимо до вероватно највећег проблема ове књиге. Нема одговора на једноставно питање: како? Који су то механизми? На економску неједнакост се у овој књизи гледа као основно зло против којег се треба борити оштрим опорезивањем, а не образлаже се због чега је то зло. Које су његове последице? Аутор, додуше, пише: „Неједнакост није неминовно нешто лоше; кључно је питање определити се да ли је она оправдана или не“. Међутим, за разлику од савремене економске теорије која је веома озбиљно разматрала економске последице неједнакости, нарочито последице по привредни раст (показало се да се није могло доћи до једнозначног налаза),[1] у Пикетијевој књизи, економска неједнакост се, без обзира на цитирану реченицу, посматра као нешто што је *per se* лоше, па стога нема ни објашњења зашто је лоше.

Два основна аргумента која противрече наведеној тврдњи да ће се доходак од капитала релативно увећати (у односу на доходак од рада, односно на национални доходак у целини) јесу феномен опадајућег граничног производа капитала, као и сваког другог производног фактора, и пораст значаја људског капитала. Аутор оба ова озбиљна налаза одбацује тривијалним тврдњама на мање од две

[1] Свеобухватан преглед налаза у погледу утицаја економске неједнакости на привреди раст може се наћи у: Ph. Aghion *et al.* 1999, Inequality and economic growth: The perspective of the new growth theories, Journal of Economic Literature, Vol. 37, 1615 1660.

странице књиге.[2] За гранични производ капитала каже да се не може установити нити за један посао који не спада у најједноставније (па стога ни наднице нису једнаке граничном производу, супротно основном налазу стандардне економске теорије). А и пораст људског капитала и његове последице на расподелу националног дохотка је, према Пикетију, илузија. Зашто? Аутор не нуди нити један аргумент. Као и у многим другим случајевима у овој књизи.

Било како било, сви наведени проблеми савременог капитализма и западне цивилизације, горући према Пикетију, могу се лако решити – увођењем годишњег глобалног прогресивног пореза на капитал. Будући да Пикети под капиталом подразумева целокупну имовину појединаца, ради се, дакле, о глобалном прогресивном порезу на имовину. За ону имовину која износи „пар стотина милиона или неколико милијарди евра“ годишња пореска стопа треба да буде „пет до десет одсто“. Последице? Не знамо, једино што аутор напомиње да би његов план довео до „заустављања неконтролисаног раста глобалне неједнакости богатства која се тренутно увећава по стопи која не може да се поднесе на дуги рок“. Сјајно! Зашто не може да се поднесе? Не знамо! Али оно што зна и сам аутор јесте да овакав глобални порески механизам не може да се уведе због постојања тзв. пореске конкуренције, односно због тога што не би могла да се обезбеди колективна акција свих јурисдикција у свету. Дакле, ово за шта се аутор ватрено залаже не може да се оствари, бар он сам то тврди. Као да из историје израња програмски поклич „Будимо реални, тражимо немогуће!“. За тренутак читалац помисли да би прикладан поднаслов књиге требало да буде „Повратак у 1968.“ Ради се, међутим, о интелектуалном повратку у XIX век. Ево зашто.

Економска наука, сматра Пикети, треба да се врати идеалима деветнаестовековне „политичке економије“ и треба да се „бави, научно, рационално, систематично и методично идеалном улогом државе у економској и друштвеној организацији земље.“ Кључно питање, по његовом мишљењу, треба да буде „Које су то државне политике и институције које треба да нас доведу ближе идеалном друштву?“. Још само да нам је рекао ко и на који начин одређује шта је то „идеално друштво“. Некада су то, било је таквих виђења, требало да буду филозофи. А данас? Да ли економисти кандидати за то? Не, одговор је који даје велика већина академских економиста данашњице, који сматрају да је задатак економске науке да спозна стварност онакву каква јесте, а да је задатак политичке економије као дисциплине те науке да методологију економске науке примени на разматрање

[2] Управо су ово два основна аргумента којима један од доајена економске науке Алан Мелцер (*Alan Meltzer*) критикује налазе до којих је дошао Пикети. Вид.: *http://www.hoover.org/research/united states envy*.

политичких процеса и тиме омогући боље разумевање ове области људског делања.

Укратко, не ради се о књизи која представља допринос економској науци. То што она покреће одређена економска питања није допринос сам за себе – не само због тога што су та питања већ раније покретана. Методолошки, ради се о књизи у којој се износи одређени политички програм – увођење, односно јачање прогресивног опорезивања имовине и дохотка. Насупрот доприносу, ова књига срозава економску науку. На пример, Кембричка контроверза (расправа између аутора из британског и америчког Кембриџа о могућности супституције производних фактора, односно флексибилности производне технологије), своди се на најгоре ходничко опањкавање колега, свакако испод нивоа таквог делања на Београдском универзитету. А у овој књизи је то подигнуто на ниво научног аргумента. Према Пикетију, наиме, аутори су се теоријски опредељивали према својој националној припадности и на тој основи лојалности према Џону Мајнарду Кејнзу, а не према научним аргументима и емпиријски утврђеним чињеницама.

Ова књига је политички проглас. И то, мерено бројем страница, непотребно дугачак проглас о одржавању капитализма у области алокације производних фактора, али уз његово укидање у области расподеле. За разлику од оног из 1847. године, који је најавио свеобухватно укидање капитализма. Није то једина разлика између ова два прогласа. Због овог првог су се водили ратови, људи су, зарад идеје у коју су веровали, жртвовали све, десетине милиона људских живота је изгубљено, а историјске последице спровођења идеја о свеукупном укидању капитализма осећају се до данашњих дана, више него век и по од његовог објављивања. На овај други, готово да су сви заборавили при крају године у којој је објављен. Први је био намењен онима који „осим ланаца“ немају ништа да изгубе, а други левичарским интелектуалцима, да им се нађе нешто о чему могу да прозборе по коју уз још једну флашу с етикетом *Saint Emilion* или *Medoc*. Они су и тако већ нашли нову тему која добро иде уз поменута вина.

Још једна разлика између оног, озбиљног, и овог, неозбиљног прогласа више је него очигледна. Аутор *Капитала у XXI веку* је уз занемарљиве граничне трошкове, огроман тираж и цену књиге од 39,95 USD (уз уобичајен аранжман великодушног учествовања у добити као ауторском хонорару), остварио значајан доходак, који је штедњом већ претворен или се бар могао претворити у његово богатство, односно његовим речима капитал, што отвара могућност за увећања његовог сопственог дохотка од капитала. У том смислу, хвале вредан предузетнички подухват! Не ради у овом случају о *Капиталу у XXI веку*, већ о капитализму XXI века!

Пеђа Митровић*

William Easterly*, The Tyranny of Experts: Economists, Dictators and the Forgotten Rights of the Poor*, Basic Books, New York, 2013, 394

Тиранија експерата почиње једним наизглед чудним догађајем. У фебруару 2010. године у држави Охајо 20.000 фармера је под присилом војске САД расељено са својих имања како би она била уступљена британској компанији која намерава да на њима отпочне комерцијално пошумљавање. Том приликом фармерима су спаљене куће и летина, а једно осмогодишње дете је у пламену изгорело. Фармери из округа Вуд су додатно били потресени сазнањем да је цео пројекат подржала Светска банка, међународна институција која промовише развој, али која не подлеже законима нити државе Охајо, нити САД-а. Добро обавештени читалац би требало да се запита како је могуће да је пропустио овакав догађај у једној од правно најуређенијих држава света. Истерли брзо развејава недоумице – све наведено у овој епизоди је тачно изузев места дешавања. Уместо Охаја, несрећни догађај се одиграо у Уганди.

Зашто се Истерли послужио овим списатељским триком? Свакако, његова намера је да укаже на двојне стандарде који се тичу поштовања права појединаца у развијеном и неразвијеном свету, чега ће се на још неколико места у књизи дотаћи. Али, аутор се не задржава и не бави превише тиме. Наиме, он покушава да као једну од кључних тема књиге пласира питање које је под сталним превидом јавности – различит начин схватања значаја индивидуалних слобода у развијеном и неразвијеном свету у односу на питање развоја.

Истерли наводи став нобеловца Гунара Мирдала, једне од кључних личности његове књиге, који сматра да сиромашни често нису ни заинтересовани за своја права, нити способни за преузимање личне иницијативе, чак и када би их уживали. Мирдал даље каже да је потребно да развој остваре националне владе упркос „у великој мери неписменим и апатичним грађанима“, те да су развојни напори

---

* Аутор је демонстратор на Економском факултету Универзитета у Београду.

„увелико неефикасни“ осим уколико нису подржани државном присилом.

На овим ставовима Истерли базира своју књигу. У њима је исказан однос који ће постати основа деловања различитих организација за развој – *технократски приступ решавању проблема сиромаштва* који је пожељно да спроводе просвећене *аутократе*. Аутор сматра да иза овога леже уобичајене заблуде о сиромаштву као „чисто техничком проблему подложном таквим техничким решењима као што су ђубрива, антибиотици или додаци исхрани“. А у таквој борби против сиромаштва правимо фатални превид – усредсређујући се на материјално благостање сиромашних жртвујемо њихова основна људска права, што често има трагичне последице, попут несрећног догађаја у Уганди.

Враћајући се на саме почетке технократског приступа и заборављене јунаке преломних тренутака, Истерли кроз примере колонијалне Африке, републиканске Кине или независне Индије изводи још једну кључну карактеристику организација за развој – њихов наводно неполитички карактер. Новоуспостављена *класа међународних експерата* за проблеме сиромаштва у неразвијеним земљама почиње да нуди технократске програме засноване на *научним основама*.

Овако постављен, технократски приступ може да обећава и да изгледа привлачно. Све што је једној сиромашној земљи потребно јесу експертска знања развојних економиста који након детаљних изучавања проблема једног друштва препознају његове кључне слабости и заостатке, те нуде научно подржане програме који ће помоћи у њиховом превазилажењу. То је управо оно што ради Светска банка, у чије прилике је, иначе, Истерли одлично упућен, с обзиром на то да је дуго година био њен експерт. Прокламована политичка неутралност је у стварном животу ипак имала нешто другачије значење, а ни намеравани развојни резултати најчешће нису постигнути, тврди даље Истерли.

У књизи се недвосмислено показује да политичка неутралност просто није постојала. Намере развојних програма Велике Британије или САД-а биле су посве политичке природе – очување колонијалног царства или спречавање ширења утицаја СССР-а. А цена ових „неполитичких“ програма је политички била често брутална – инструментализација експертских савета од стране локалних аутократа у сврхе прогона и тлачења становништва и политичких противника. Међународне развојне институције, у складу са својим начелом немешања у политичке прилике, су на ове догађаје по правилу остале неме, или је одговор био посве анемичан.

Посматрано економски, технократски програми били су чист промашај, иако се њиховим неуспесима заправо нико никада није

позабавио, нити је за њих одговарао. Сва доказивања успеха програма међународних развојних институција и фондација своде се на неколико изолованих случајева, који пак пате од непоузданости статистичких података. Напротив, Истерли тврди да је до развоја у сиромашним земљама дошло тек онда када су оне одустале од технократских програма или упркос њему, као у случају Кине и Јужне Кореје.

Тако нас аутор враћа на питање свих питања – шта су основе развоја? У том погледу, он не доноси много новог, чак ни површним познаваоцима економске литературе. Углавном се враћа, и то прилично екстензивно, на аргументе које су износили Адам Смит и Фридрих Хајек о потреби изградње институција у оквиру којих би биле загарантоване економске и политичке слободе појединаца, а моћ државе ограничена. Истерли говори о спонтаном, саморегулишућем тржишном систему, који функционише у оквиру владавине права и изграђених институција.

Такав систем већ се једном, заборављају развојни економисти, успешно ухватио у коштац са сложеним друштвеним изазовима с којима се данас суочавају неразвијене земље, попут високе смртности деце или сиромаштва. У том систему, аутор посебно истиче, постоји простор за деловање државе – у обезбеђивању јавних добара која тржишта нису способна сама да обезбеде, али искључиво кроз *демократске процедуре*, насупрот *аутократском развоју.*

Ипак, неколико ствари је вредно посебне пажње у том излагању. Прво, аутор уочава везу између политичке и економске историје једног друштва с његовим садашњим бруто домаћим производом *per capita*. Кроз бројне примере у разликама у погледу развијености, на пример, севера и југа Италије, он показује како су политички систем, економске прилике и генерацијама дубоко у прошлости грађене вредности определиле данашњи ниво развоја регија. Друго, Истерли наглашава значај технолошког наслеђа, износећи податак да се чак 78% разлике у нивоу дохотка европских и подсахарских земаља може објаснити нивоом технолошког развоја из далеке 1500. године. Запањујуће је да на разлике у данашњем нивоу развоја земаља и даље утичу догађаји и наслеђа из тако далеке прошлости.

Аутору се ипак мора замерити да није успео да одржи ниво излагања читавим током књиге – пре свега у поступку формалног доказивања својих тврдњи. Можда приступ писању какав постоји у књизи не захтева ригорозне процедуре доказивања с обзиром на то да оне могу одвратити ширу читалачку публику, иначе заинтересовану за ову тему, али ни алтернатива коју је понудио Истерли није задовољавајућа. Супротно показаној изузетној ерудицији и импресивном познавању историје, историје идеја, економије и

развоја друштвених институција, у појединим ситуацијама изложена аргументација чини се неубедљивом. Рецимо, приликом доказивања непостојања везе између периода владавине ауторитарних лидера који примењују технократска решења и стопа привредног раста, аутор крајње дескриптивно и површно објашњава процедуру којом се дошло до потврђивања хипотезе, без икаквих конкретнијих увида који би пружили неке детаљније информације о истраживању. Овај случај у књизи није усамљен.

Но, не треба губити из вида да су амбиције ове књиге усмерене пре свега у правцу покретања дебате која је у претходним деценијама једноставно изостала. Без ње се, чини се нелегитимно, технократски приступ успоставио као једини важећи, отписујући схватање развоја засновано на личним слободама као догматско и хистерично. Ипак, све је већи број радова који се враћају питању која је економија поставила у самом свом зачетку – зашто су неке нације богате, а друге нису?

Куриозитет је да *Тиранија експерата* долази у тренутку када се у Србији говори, без неке нарочите расправе, о усвајању националне стратегије развоја као кровног документа који треба да одреди националне развојне приоритете. Насупрот томе, судећи према реакцијама и публицитету који јој је дат у водећим светским часописима,[1] књига је у свету успела да узбурка заспале духове. Идеје које се у њој налазе представљају снажан допринос у расветљавању проблема развојног планирања. Након деценија доминације *експерата*, Истерли сматра да је време за преиспитивање технократског приступа сазрело. Свака препорука за читање!

---

[1] Списак приказа и реакција се налази на веб сајту *http://williameasterly.org/books/the tyranny of experts/reviews/*

Ана Одоровић[*]

Ronald Coase, Ning Wang, *How China Became Capitalist,* Palgrave Macmillan, 2013, 272

Нобеловац Роналд Коуз је у 101. години своју последњу књигу посветио кинеској трансформацији од планске ка тржишној привреди. Овај феномен је вредан пажње због запањујуће стопе раста кинеске привреде, с једне стране, и потпуно стихијског карактера реформи, с друге. Непредвидљивост кинеске тржишне трансформације утолико је већа због тога што се одиграла под окриљем Комунистичке партије, која је у целом процесу тежила да унапреди социјализам.

Комунистички вођа Мао је доласком на власт имао визију кинеског друштва које би почивало на класној борби, колективној својини и планској привреди, с циљем остваривања једнакости између појединаца и општег просперитета кинеског народа. Специфичност комунизма у Кини био је висок степен политичке децентрализације која је требало да уважи особености локалних услова. Међутим, ова политика није створила адекватан систем одговорности локалних власти за неуспешно организовање привредне активности. Осим тога, Мао је оставио мало простора слободи мишљења, гушењем било које врсте критике режима, чиме су тадашњи интелектуалци махом доведени на друштвене маргине. Социјализам је врло брзо, уместо инструмента постао сам себи циљ, који је довео до смртоносне глади дотад непознатих размера, а кинески народ је због идеолошког радикализма раскинуо везу с културним наслеђем и одрекао се приступа модерној науци и технологији.

Маова смрт 1976. означава почетак реформи које ће довести до стварања капиталистичког система, а чији су носиоци били Маови политички наследници, који су у реформама видели прилику да модернизацијом социјализма докажу његову супериорност. Питање оживљавања привреде у стагнацији долази у жижу пажње власти, као предуслов политичке стабилности. Оно што је омогућило да се

[*] Аутор је сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Беоrраду.

Кина у периоду после Маоа избави од идеолошке заслепљености је окретање древном принципу да се да ли је нешто истина може тестирати само на основу чињеница. Прагматичан приступ стварности и учење методом грешке и покушаја већ су у првим годинама довели до увођења одређених елемената тржишне привреде. Други важан фактор био је раскид с културном и технолошком изолацијом Кине из Маовог времена, након што су кинеске власти почеле да путују по свету и увиделе значај технологије и ефикасног пословног управљања за привредни напредак.

Тежиште званичних реформи у првој фази било је унапређивање пословања јавних предузећа. Она су убрзо добила већи степен аутономије у односу на локалну власт, као и могућност да након што достигну обим производње који је био предвиђен државним планом, сама одлуче о томе шта ће и у којој количини производити. Тиме је заправо створен паралелни систем у коме је планска привреда имала примарни, а тржишна помоћни значај. Међутим, ове мере нису уклониле основни узрок неефикасности који се своди на то да у условима контролисаних цена недостају информације о стварним трошковима производње и приликама на тржишту, што у капиталистичкој привреди рефлектују тржишне цене.

Права трансформација ка тржишној привреди, према мишљењу аутора, одиграла се на маргинама друштва, тамо где је државна контрола била најслабија. Реформе, које аутори називају реформе маргинализованих под Маовим режимом, подразумевале су повратак приватног предузетништва у оним сферама где је понуда државног сектора била недовољна с обзиром на постојеће економске прилике. Централна власт им се није противила јер се сматрало да не представљају претњу по државни сектор и партију на власти.

Прва реформа маргинализованих успоставила је приватну земљорадњу која је од Маовог периода била забрањена у корист колективне земљорадње. Систем је био осмишљен на начин да се јединствен модел производње који се показао као ефикасан у једном селу, примењивао на целокупну сеоску популацију, без уважавања локалних различитости. Резултат ове политике била је још већа глад у појединим регионима, због чега су сељаци прибегли приватној земљорадњи у различитим прикривеним формама. Као одговор на економску реалност, кинеске власти су је дозволиле и то изузетно у појединим деловима територије, где су „људи изгубили веру у колективно власништво", да би 1982. године, као последица њених супериорних резултата, приватна земљорадња постала званично прихваћена. На сличан начин дошло је до увођења приватног сектора у градовима, где је растућа незапосленост градског становништва довела до самозапошљавања.

Посебно значајан допринос реформи маргинализованих је индустријализација руралних подручја. Општинска предузећа су се развила изван планског система производње, као основни извор непољопривредних занимања руралне популације. Иако званично у колективном власништву, већини предузећа је то служило као идеолошко покриће за приватну активност. Ослобођена бирократских стега, ова предузећа су се прилагођавала тржишним подстицајима. Иако нису имала приступ инпутима које је контролисала држава, успевала су да их прибаве на црном тржишту по вишој цени, док су државни систем дистрибуције заменили сопственим продајним тимовима. Ова предузећа ће врло брзо постати главни генератор раста кинеске привреде у раној фази реформи. Њихов значај је утолико већи због тога што су постала извор конкуренције државном сектору.

Последња област реформи подразумевала је стварање специјалних економских зона које су, попут друштвених лабораторија, служиле за тестирање одређених елемената тржишне привреде с циљем унапређења социјализма, пре свега либерализоване спољне трговине и страних улагања. Ове зоне су биле стриктно економски издвојене од остатка привреде, како ефекти евентуално неуспелих експеримената не би угрозили остатак социјалистичког поретка. Неочекивано значајан привредни раст у овим областима је допринео да се одређене карактеристике тржишне привреде у каснијој фази реформи уведу и у осталим деловима територије.

Година 1992. означава почетак друге фазе реформи, након што је међу појединцима на власти сазрело уверење да социјализам не треба изједначавати са колективним власништвом или централним планирањем, већ са свим достигнућима која доприносе општем просперитету. Централна власт тада по први пут прихвата тржишну привреду као свој крајњи циљ у изградњи „социјализма с кинеским карактеристикама". Најважнија мера која је том приликом предузета била је потпуно укидање ценовне контроле, која је заједно с пореском реформом, довела је до стварања свенационалног тржишта производа. Други значајан фактор била је конкуренција локалних власти које су, у намери да привуку што више инвестиција, преузеле активну улогу у мобилизацији фактора производње. Управо је овај процес симултаних покушаја у различитим регионима омогућио да се скрати време проналажења најефикаснијих модела организације производње.

На крају свог излагања о кинеској тржишној трансформацији аутори износе два главна закључка. Први подразумева да се заслуге за њен успех неоправдано приписују кинеским властима, када главни узрок треба тражити у томе што није постојао унапред осмишљени модел тржишне привреде који би био систематски изграђен из

темеља, као у другим транзиционим земљама. Док су кинеске власти све време остале доследне свом идеолошком опредељењу, реформе маргинализованих су према мишљењу аутора имале кључну улогу у стварању приватног предузетништва и увођењу тржишних сила. Чињеница да се комунистичка партија одржала на власти, говори само у прилог томе да се заправо променио извор њеног легитимитета, који сада лежи у унапређењу животног стандарда становништва. Други закључак аутора доводи у питање одрживост раста кинеске привреде чија се конкурентност базира на ниским трошковима рада. Кинеска предузећа и даље у великој мери одступају од стандарда продуктивности других развијених земаља, што је последица ниског нивоа иновација. Основни предуслов иновирања лежи у слободном стицању и акумулацији знања, што Коуз и Ванг називају „тржиштем идеја". Иако су се кинеске власти у великој мери одрекле утицаја на привреду, аутори наглашавају да политичке слободе у Кини и даље не уживају заштиту која је неопходна за слободан проток информација. Недостатак тржишта идеја је, према њиховом мишљењу, највећа препрека коју треба премостити у будућности.

Значај књиге Коуза и Ванга лежи пре свега у чињеници да на веома убедљив начин, позивањем на аутентичне текстове, расветљава друштвени процес који је омогућио да се Кина од назадне комунистичке земље претвори у другу највећу привреду света. Кроз бројне детаље она нас упознаје с потпуно новим моделом транзиције у коме се држава потпуно повлачи из привреде тек након што приватни сектор постане довољно развијен да апсорбује факторе производње ослобођене ликвидацијом државног сектора, чиме се у потпуности избегава период рецесије типичан за транзиционе земље. Ипак, аутори остављају отворено питање да ли је експериментални приступ реформама применљив на друге земље, чија је територија мања, а привредни систем више централизован у односу на децентрализовану планску привреду из Маовог периода.

Најнеуобичајнији аспект кинеске трансформације је несклад између политичких и економских институција, што противречи општеприхваћеном мишљењу о њиховој међузависности. Помало изненађује да Коуз и Ванг не анализирају овај феномен у светлу актуелне литературе институционалне економије. Стога, у књизи изостаје и предвиђање аутора да ли ће у будућности доћи до демократизације кинеског друштва, иако врло јасно износе став да је садашњи раст неодржив без тржишта идеја.

Ова књига сигурно неће оставити равнодушним оне које инспирише економска анализа која верно одражава стварност, ослобођена апстрактних формула и поједностављујућих модела. Врло је интересантно како аутори на практичним примерима из кинеске приврe-

де доказују основне налазе економске теорије. При томе, читалац се упознаје са читавом еволуцијом идеја које су на крају помириле комунистичку идеологију и тржишну привреду, што је занимљив феномен не само за оне који су привржени економској науци.

Др Бранко Радуловић*

НОБЕЛОВА НАГРАДА ЗА ЕКОНОМСКЕ НАУКЕ У 2014. ГОДИНИ: ЖАН ТИРОЛ

Да ли је приказ посвећен добитнику Нобелове награде за економију у часопису који је посвећен правним наукама само још један појавни облик империјализма економије у односу на друге друштвене науке?[1] Зашто би неко ко је добио награду за допринос анализи тржишне моћи и теорију регулације био занимљив за један научни часопис посвећен пре свега правној науци? Одговор на ово питање је једноставан. Овогодишњи добитник награде француски економиста Жан Тирол (*Jean Tirole*), професор економије на Универзитету у Тулузу, спада у групу економиста нобеловаца чији налази имају битне импликације и на правне науке. У Тироловом случају реч је пре свега, али не и искључиво о праву конкуренције.[2]

Жан Тирол се у свом раду бавио низом фундаменталних питања: У којој мери држава треба да интервенише на тржишту? Како се понашају предузећа која послују на тржишту несавршене конкуренције и како њихово понашање утиче на конкуренте, потрошаче и добављаче? Област економске науке која се бави одговорима на ово питање је индустријска организација, односно теорије регулације. Реч је о области која је у поређењу с другим гранама економије доживела можда и највећи напредак у последњих тридесет година. Напредак је пре свега заснован на примени теорије игара и теорије дизајнирања (тржишних) механизама (енг. *mechanism design*).[3] Поред теоријских, развој области имао је веома значајне практичне импликације. Током

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

1 Истине ради, пун назив награде је „Награда Шведске централне банке у области економских наука у част Алфреда Нобела“.

2 Поред Роналда Коуза сем Гери Бекера, у ту групу спадају сасвим сигурно и Оливер Норт, Елинор Остром и Оливер Вилијамсон.

3 У будућности се може очекивати да буде награда додељена и другим истакнутим економистима чији радови представљају фундаментални допринос у овој сам граничним областима. Пре свега реч је о Бенгту Холмстрому, Полу Милгрому за

две последње деценије прошлог века у многим земљама спроведена је дерегулација праћена приватизацијом, док је у Европској унији створено јединствено тржиште. Разумевања последица таквих промена захтевало је интеграцију теорије индустријске организације, економске теорије уговора и неколико других области. С обзиром на значај области и њен развој, избор Тирола није представљао изненађење и био је очекиван неколико година уназад.

У образложењу комитета за доделу награде, наглашава се Тиролов фундаментални допринос у погледу стварања кохерентне теорије индустријске организације засноване на реалним претпоставкама којима се омогућава анализа економских политика.[4] Тирол је у свом невероватно обимном научном опусу, са изузетном лакоћом успевао да интегрише кључне аспекте економског окружења у формалне математичке моделе и да на основу њих изведе нормативне закључке који имају важне практичне импликације.[5]

Тиролов допринос у области за коју је добио Нобелову награду можемо поделити на више сегмената. Пре свега, изузетан допринос Тирол је дао у области регулације природних монопола. Реч је о више утицајних радова, махом у сарадњи са својим ментором Жан-Жак Лафонтом (*Jean-Jacques Laffont*). Њихов приступ почива на моделирању *фрикција приликом уговарања услед асиметрије информација или ограничене могућности обавезивања*. Другим речима, регулатор се суочава с проблемом ограничених информација о трошковима које монопол има након што је уговор закључен (проблем скривеног напора). На кључно питање како формулисати уговор (дизајнирати механизам), Тирол и Лафонт добијају елегантан резултат према којем регулатор може надокнадити недостатак информација омогућавајући предузећу да бира уговор и тако се аутоселектује.[6] Фирме с високим трошковима на које не могу битно да утичу бираће уговоре према којима им следи накнада трошкова, док фирме које могу да утичу на

допринос развоју теорије аукција или Оливеру Харту у области Економске теорије уговора.

4 Поред низа чланака објављених у водећим часописима, Тирол је аутор до данас стандардног уџбеника у области индустријске организације и коаутор са Жан Жак Лафонтом уџбеника у области теорије регулације. J.Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, MA. 1988 и J.Tirole, and J. J. Laffonte *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge, MA. 1993.

5 На комплексан моделски приступ Жана Тирола свакако је утицало и то што је претходно завршио студије инжењерства на престижној Политехничкој шко ли (École Polytechnique) и математику на Универзитету у Паризу. Након студија у Француској Тирол је докторат у области економије одбранио на Масачусетском Ин ституту технологије (MIT).

6 Треба имати на уму да је Тиролов и Лафонтов рад објављен у периоду када је политика економске регулације напуштала регулацију стопе приноса и прелазила на политику ограничавања цена (регулацију подстицаја).

трошкове бирају уговоре с мањом накнадом трошкова, али већом ценом услуга, тако да имају подстицај да смање трошкове. Уговор који би понудио униформно решење омогућио би изузетно велике ренте другом типу предузећа, што је у до њиховог рада било занемаривано. Лафонт и Тирол су већи број радова и монографија посветили регулацији специфичних сектора (тржишта комуналних услуга, сектора телекомуникација, банкарског сектора) у којима указују да не постоје униформне политике које су примењиве за све секторе, већ да је приликом избора оптималне регулације потребно узети у обзир њихове специфичности.[7] Слични закључци у погледу секторских политика присутни су и у другим сегментима Тироловог рада.

Други део Тиролових истраживања посвећен је проблемима *динамичког уговарања и поновног преговарања*. Ако регулатор и предузеће нису у стању да закључе уговор на дуги рок, то значи да ће активности предузећа на кратак рок да утичу на то како ће у будућности бити регулисан. То ствара проблем у погледу подстицаја предузећа, јер ако оно улаже напор и остварује значајан профит у посматраном периоду, регулатор може увести нове захтеве и тиме смањити профит, односно извршити експропријацију ренте. Како предузеће предвиђа будуће реакције регулатора у погледу константног повећавања захтева (*ratchet effect*) ниво напора који улажу опада. Такође, предузеће нема подстицаја да изврши значајније инвестиције. У условима у којима је тешко начинити уговоре на дуг рок, није могуће натерати предузећа да изаберу пожељни ниво напора. У том случају регулатор треба да изабере мање рестриктивне подстицаје и постепено мења уговор. Исти аутори разматрали су и сличан проблем, када није могуће да се регулатор потпуно веродостојно обавеже да неће мењати услове уговора.

Трећи проблем је „овладавање регулацијом" (енг. *regulatory capture*) односно колузија између регулатора и предузећа услед лоше „дизајнираног" механизма. Стога се поставља питања како минимизирати ризик колузије и плаћања „информационе ренте" приликом регулације специфичних сектора? Лафонт и Тирол указују да оквир треба да узме у обзир ризик колузије и скривања информација. Чак и у случају да је оквир адекватно дизајниран, регулатор ће у неким случајевима да заступа интересе предузећа, али ће бити спречена колузија.

Други изузетан допринос Тирол је остварио у блиско повезаној области, регулацији олигопола. Тирол је играо кључну улогу у развоју теорије олигопола током осамдесетих година прошлог века,

[7] Начин на који је Комитет у одлуци и образложењу указао на Лафонтов допринос, наговештава да је у случају да је Лафонт поживео, овогодишња награда била би подељена између Лафонта и Тирола.

фокусирајући се на теме попут стратешког инвестирања олигопола, трке олигополских предузећа у области истраживања и развоја и теорије динамичког олигопола. Користећи теорију игара Тирол и Фуденберг (*Fudenberg*) анализирају дугорочне ефекте стратешких инвестиција и установљавају услове у којима предузеће треба да „преинвестира“ у капацитете како би одвратило улазак потенцијалних конкурената. И у овом случају не постоји јединствени закључак за све секторе, већ су резултати специфични за сваку индустрију. Овај закључак има битне практичне импликације, како на саме учеснике, тако и на регулаторна тела које не би требало да користе налазе из једног сектора и аналогијом их примењују на сличне ситуације у другом индустријском сектору.

Коначно, трећи сегмент у коме је Тирол дао фундаментални доприносу је анализа вертикалних интеграција и њихових импликација у специфичним индустријским секторима, којим је умногоме промењен начин размишљања економиста у домену политике заштите конкуренције. Тирол се пре свега бавио питањем на који начин се вертикални споразуми могу користити да би се повећала, односно проширила тржишна моћ. Тирол у неколико коауторских радова показује да дуго присутан став, према коме предузећа монополисти који се налазе унутар производног ланца могу да остваре ренту у само у својој делатности, али не и у низводној делатности, не стоји. Другим речима, монополиста може да присваја ренту и на суседном тржишту. На пример, ако предузеће патентира одређену иновацију (којом се на пример смањују трошкови) и одлучи да продаје производе низводно на тржишту на коме постоји оштра конкуренција, неће остварити профит ако продаје свим конкурентима на том тржишту, јер би то оборило цену. Стога се такви произвођачи оријентишу на једног купца, који може да формира знатно вишу цену. Ипак, у таквим ситуацијама јавља се проблем опортуног понашања предузећа коме се кад прода једном низводном купцу исплати да прода још производа другим купцима. Ако потрошачи то очекују онда ће њихова резервационом цена знатно да опадне. Стога је неопходно да предузеће које је монополиста и послује узводно пошаље веродостојан сигнал (ексклузивним уговором о дистрибуцији или спајањем с низводним предузећем). С једне стране, право конкуренције треба да узме у обзир чињеницу да вертикалне интеграције могу битно да ограниче конкуренцију, али (слично патентној заштити) и да подстичу улагање у истраживање и развој. Тиролови налази у овом домену дали су економски основ за измене правног оквира.

Тиролов допринос није био ограничен само на поменуте области због којих је добио Нобелову награду. Увођење нових технологија и ефекти по том основу била су једна од најплоднијих истраживачких области Тирола у последњих двадесет година. Тирол је пионир

у области анализе нових тржишних форми – конкуренције мрежа, (енг. *network competition*), двостраних тржишних платформи (енг. *two-sided platform markets*) у којима се интеракција између купаца и продаваца одигра посредством платформи (на пример оперативни системи или платне картице) . Такође, Тирол је разматрао подстицаје који су довели до отвореног (*open source*) софтвера, трке патената и усвајање нових технологија. Тирол је аутор значајног броја неких од најцитиранијих чланака објављених у последњих двадесет година у области корпоративних финансија и финансијских тржишта, радова на тему шпекулативних мехура на тржиштима финансијске активе, радова у организационој економији у којима је моделирао хијерархичке организације и формулисао данас стандардни тростепени модел (принципал-супервизор-агент).

Коначно, не треба заборавити Тиролов готово јединствени таленат да резултате целог подручја систематизује и синтетише у уџбенике које су постали стандард последипломских студија у области економије. Поред уџбеника који је посвећен индустријској организацији, реч је пре свега о бриљантном уџбенику корпоративних финансија у ком Тирол користећи модификације основног модела успева да интегрише велики број радова на једноставан (и јединствен) начин.[8] Стога не чуди да је академска (економска) јавност, примила вест о овогодишњем добитнику с великим одобравањем.

[8] J.Tirole, *Theory of Corporate Finance*, Princeton University Press, NJ, 2006. Реч је о једном од најбољих уџбеника за последипломски и докторски ниво студија.

НЕКРОЛОЗИ

Др Милена Полојац*

МИРОСЛАВ МИЛОШЕВИЋ**
(1948 2014)

Мирослава Милошевића – Мику нисам познавала из времена када је он био једна од највећих звезда међу чувеним „форумашима”. То је била једна од најуспешнијих генерација у историји Правног факултета, о којој се много причало, још се и сада прича и у којој је Мики припадало посебно место. Интелектуалац и ерудита, рекло би се, по рођењу он је имао тај несвакидашњи дар да напросто зна све. Тој изузетној лакоћи кретања кроз целокупни фонд људског знања, у којој истовремено није било ни најмање површности свако се, хтео-не хтео, морао дивити, а људски је, помало му и завидети.

Након одбране магистарског рада о аграрном законодавству римске републике (1979) и докторске дисертације о римској земљишној својини у класичном и посткласичном праву (1983) којима је ушао у срж темељних и најтежих питања римске државне, друштвене и правне историје, Мика се издвојио као незаобилазни ауторитет за римско право и правну историју уопште.

Од првог момента од када сам га упознала, он је био једноставно Мика. Ово неформално и пријатељско ословљавање није, међутим, нити у једном тренутку довело у питање његов професионални и људски ауторитет. Мика је био и остао неприкосновен за римско право и правну историју, али и за многе друге области за које није имао формалну квалификацију. Сви смо ми били и остали његови ученици који смо му се увек обраћали за мишљење и савет. Тога се нису либили ни они који су од њега били старији по годинама и звању. Велика професорка Јелена Даниловић никада није крила своје одушевљење и дивљење за Мику.

---

* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду.

** Говор одржан на комеморацији на Правном факултету у Београду, 27. октобра 2014.

А он је то своје огромно знање и тај свој редак дар несебично делио, шаком и капом, напросто расипао, као искрени посленик римског права и науке уопште, па су од његовог знања често више користи имали други неголи он сам. Расправа о римском праву, давање објашњења, мишљења и савета која се одвијала у слушаоницама, амфитеатрима, у Форуму, у његовом кабинету, путем телефона и слично, била је својеврсно *respondere* прилагођено савременим условима и академској средини.

И заиста, Мика је имао нешто својствено римским класичним правницима. Аристократа по знању и духу, он је свој углед стекао не толико формалним признањима, него на темељу општег мњења академске заједнице. Његова богата и несебична усмена делатност за коју је увек имао времена и воље, само је једним делом остала забележена и у писаном облику баш као што је то случај и код римских правника. И док смо често професора Обрада Станојевића поредили с Гајем, за Мику би, чини ми се, приличило поређење с чувеним Папинијаном. Овај позноклασични правник чврстог морала, великог талента, дубине и оригиналности, није био најплоднији писац међу својим колегама. То му ипак није сметало да међу свим правницима једним законом добије посебно признање и стекне највећи углед.

Онда се систем вредности, ни сами не знамо како, почео мењати и жеђ за знањем заменила је трка за каријером, напредовањем, бодовима, а право знање често је замењивала површност, што никако није одговарало Микином менталном склопу нити префињеном духу. Када су се томе придружили и међуљудски односи који се увек не би могли назвати колегијалним, Мика је, суптилан и осетљив, полако почео да губи ентузијазам постављајући себи вероватно питање о томе колико сав труд и велико улагање у науку има смисла. Размишљајући о овим питањима он је наставио да предано ради, посебно на уџбенику, у који је преточио све своје богато искуство изузетног предавача и научника. Успео је да напише уџбеник виског квалитета који не личи нити на један други, у конкуренцији многобројне уџбеничке литературе из ове најстарије правне дисциплине чији су аутори често највећи страни и домаћи романисти. Оцењен је као уџбеник кога одликује висок степен оригиналности и стилске препознатљивости, који доноси новине у концепцији, али и даје нови угао гледања на римско право што је последица оригиналног размишљања аутора. То је уџбеник који истовремено има педагошку и научну димензију и вредност. Након уџбеника Мика је чврсто одлучио да више не пише дела већег обима.

И док су други, то јест сви ми, мање или више размишљали о томе како да задовољимо кретеријуме за напредовање, Мика је, више него други, радио послове на општу корист, често веома тешке

и деликатне, на скроман и ненаметљив начин. Све своје одговорне дужности прихватао је без поговора, не схватајући их као могућност да стекне лични престиж или неку другу корист за себе, него као своју дужност према Факултету. Била је то римска *gravitas* на Микин начин. Био је дугогодишњи шеф Катедре за правну историју, члан Савета и члан редакције Анала, ментор многим последипломцима и докторандима. Читао је тезе и чланке, писао реферате и рецензије, испраћао дугогодишње колеге и сараднике који су често с наше Катедре одлазили пре времена. Уз све то до последњег тренутка водио је вежбе, држао предавања и испите. И тако је он ненаметљиво и предано живео и радио као посленик римског права и правне историје, као и наше установе, готово пуну 41. годину без прекида.

А онда у јесен прошле године, када је био надомак заслуженог одмора и могућности да се коначно несметано препусти ужицима слободног времена које би он, препун интересовања, могао испунити на најбољи начин, једног септембарског дана на испитном року у „Петици", шапутавим гласом наговестио је да можда болује од тешке болести. То је саопштио на себи својствен начин, стоички мирно, као да је реч о некој обичној прехлади. Убрзо су се ове слутње и прогнозе обистиниле и суочили смо се са страшном чињеницом, да је његово овоземаљско постојање ограничено на веома кратак период.

И парадоксално, та година дана коју је Мика преживео након овог тешког сазнања била је једна лепа и садржајна година, колико је то могуће рећи у условима многобројних терапија које је ова опака болест захтевала. Ипак, захваљујући Микиној породици, пре свега његовој Гордани, која се лавовски борила да продужи сваки час његовог живота и да га учини што пунијим и пријатнијим, Мика је поживео окружен љубављу и пажњом. И његови колеге трудили су се да му покажу колико га поштују и воле, па су с њим редовно одржавали контакте, посећивали га, одлазили заједно у позориште. Верујем да је он ту нашу поруку разумео. Није се нимало променио. Остао је увек достојанствен и ненаметљив, спреман да разговара о свему, а болест је била само једна од тема о којој је разговарао сасвим природно, не оптерећујући никога њоме.

Драги Мико, увек ћемо задржати у сећању твој драги лик вечитог младића, чуваћемо успомену на твој префињени дух, благи темперамент и племенити карактер.

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ У 2014. ГОДИНИ

Сенат Универзитета у Београду, на предлог Изборног већа Правног факултета од 24. фебруара 2014. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 15. априла 2014. године, на седници одржаној 20. маја 2014. године, донео је одлуку о избору др САШЕ БОВАНА у звање редовног професора за ужу научну област Социологија права – предмет Основи социологије права.

Сенат Универзитета у Београду, на предлог Изборног већа Правног факултета од 24. фебруара 2014. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 15. априла 2014. године, на седници одржаној 20. маја 2014. године, донео је одлуку о избору др ГОРАНА ИЛИЋА у звање редовног професора за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично процесно право.

Сенат Универзитета у Београду, на предлог Изборног већа Правног факултета од 22. септембра 2014. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 14. октобра 2014. године, на седници одржаној 12. новембра 2014. године, донео је одлуку о избору др ЖИКЕ БУЈУКЛИЋА у звање редовног професора за ужу научну област Правна историја – предмет Римско приватно право.

Сенат Универзитета у Београду, на предлог Изборног већа Правног факултета од 22. септембра 2014. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 14. октобра 2014. године, на седници одржаној 12. новембра 2014. године, донео је одлуку о избору др НАТАШЕ ДЕЛИЋ у звање редовног професора за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право.

Сенат Универзитета у Београду, на предлог Изборног већа Правног факултета од 22. септембра 2014. године и мишљења Већа научних области правно-економских наука од 14. октобра 2014.годи-

не, на седници одржаној 12. новембра 2014. године, донео је одлуку о избору др ВЛАДИМИРА ПАВИЋА у звање редовног професора за Међународноприватну ужу научну област – предмети Међународно приватно право и Арбитражно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 15. априла 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. фебруара 2014. године донело је одлуку о избору др ИВАНЕ КРСТИЋ, доцента, у звање ванредног професора за Међународноправну ужу научну област – предмете Међународно јавно право и Људска права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 15. априла 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. фебруара 2014. године донело је одлуку о избору др БОЈАНА МИЛИСАВЉЕВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Међународноправну ужу научну област – предмете Међународно јавно право и Дипломатско и конзуларно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 15. априла 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. фебруара 2014. године донело је одлуку о избору др МАРКА ДАВИНИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Управноправну ужу научну област – предмет Управно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 15. априла 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. фебруара 2014. године донело је одлуку о избору др МАРИЈЕ КАРАНИКИЋ МИРИЋ, доцента, у звање ванредног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Облигационо право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 14. октобра 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. септембра 2014. године донело је одлуку о избору др ТАНАСИЈА МАРИНКОВИЋА, доцента, у звање ванредног професора за Уставноправну ужу научну област – предмет Уставно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 14. октобра 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. септембра 2014. године донело је одлуку о избору др ТАТЈАНЕ ЈОВАНИЋ, доцента, у звање ванредног професора за ужу научну област Економија и право (Економска анализа права) – предмет Економско право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 25. фебруара 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 23. децембра 2013. године године донело је одлуку о избору др МИЛОША ЈОВАНОВИЋА, асистента, у звање доцента за Међународноправну ужу научну област– предмети Увод у право европских интеграција и Међународни односи.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 15. априла 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. фебруара 2014. године године донело је одлуку о избору др МАЈЕ ЛУКИЋ, асистента, у звање доцента за Међународноправну ужу научну област – предмет Увод у право европских интеграција.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 15. априла 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 24. фебруара 2014. године године донело је одлуку о избору др АНДРЕЈЕ КАТАНЧЕВИЋА, асистента, у звање доцента за ужу научну област Правна историја – предмет Римско приватно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 8. јула 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 26. маја 2014. године године донело је одлуку о избору др БОЈАНА СПАИЋА, асистента, у звање доцента за ужу научну област Теорија права и државе – предмети Увод у право и Филозофија права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 14. октобра 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. септембра 2014. године године донело је одлуку о избору др МИЛОША ЗДРАВКОВИЋА, асистента, у звање доцента за ужу научну област Теорија права и државе – предмети Увод у право и Филозофија права.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду, на седници одржаној 14. октобра 2014. године, а на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. септембра 2014. године године донело је одлуку о избору др ГОРАНА ДАЈОВИЋА, доцента, поново у звање доцента за ужу научну област Теорија права и државе – предмет Увод у право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 24. фебруара 2014. године донело је одлуку о избору мр ВАЛЕНТИНЕ ЦВЕТКОВИЋ ЂОРЂЕВИЋ, поново у звање асистента за ужу научну област Правна историја – предмет Римско приватно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 22. септембра 2014. године донело је одлуку о избору ИВАНЕ МАРКОВИЋ, поново у звање асистента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 22. септембра 2014. године донело је одлуку о избору др КАТАРИНЕ ДОЛОВИЋ, поново у звање асистента за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Грађанско право-општи део и Стварно право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 22. септембра 2014. године донело је одлуку о избору АНЕ ОДОРОВИЋ, дипломираног правника и мастера француског, европског и међународног привредног права на Универзитету Пантеон-Асас (Париз II), у звање сарадника у настави за ужу научну област Економија и право (Економска анализа права) – предмет Основи економије.

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ 2014. ГОДИНЕ

1. Мр Бојан Спаић, „Тумачење права у оквиру Бетијеве херменеутике као универзалне методе духовних наука", докторирао 12. фебруара 2014. године;

2. Мр Огњен Вујовић, „Римски деликт *furtum* у старом и класичном праву", докторирао 21. марта 2014. године;

3. Мр Милош Здравковић, „Дворкинова критика Хартове верзије позитивизма", докторирао 25. априла 2014. године;

4. Мр Весна Ћорић Ерић, „Однос Европског суда правде и Европског суда за људска права", докторирала 16. маја 2014. године;

5. Мр Вања Бајовић, „Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених правноснажним судским одлукама", докторирала 30. маја 2014. године;

6. Нина Кршљанин, „Српске средњовековне повеље као извор Душановог законика", докторирала 10. јуна 2014. године;

7. Катарина Доловић, „Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења", докторирала 19. јуна 2014. године;

8. Марко Миленковић, „Јавне агенције и заштита животне средине у праву Европске уније и у праву Србије", докторирао 21. јуна 2014. године;

9. Марко Јовановић, „Одговорност државе за заштиту страних директних улагања“, докторирао 27. јуна 2014. године;

10. Душко Глодић, „Међународноправни субјективитет Европске уније“, докторирао 2. јула 2014. године;

11. Владимир Микић, „Спољнополитичке надлежности америчког шефа државе у нередовним околностима“, докторирао 9. јула 2014. године;

12. Јелена Лепетић, „Компанијскоправни режим сукоба интереса“, докторирала 18. септембра 2014. године;

13. Данило Ћупић, „Оцена уставности аката и радњи судске власти“, докторирао 29. септембра 2014. године;

14. Сања Глигић, „Историјскоправна анализа Антифонтових говора“, докторирала 27. октобра 2014. године.

МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ 2014. ГОДИНЕ

1. Зорица Урошевић, „Комунална полиција у Србији – правни аспекти“, одбранила 22. априла 2014. године;

2. Миодраг Вуковић, „Посебан кривични поступак за кривична дела организованог криминала“, одбранио 9. јула 2014. године;

3. Младен Јеличић, „Функција ванрасправног већа у кривичном поступку“, одбранио 22. септембра 2014. године;

4. Срђан Жорић, „Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (1980): неопходност аутономног тумачења, једнообразности у примени и поштовања начела савесности у међународној трговини“, одбранио 10. октобра 2014. године.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у електронском облику.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција задржава право да с аутором прекине сваку будућу сарадњу.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994^3).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница ibid, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds." пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.", односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg."). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур." пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис мењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e.asp*, 24. мај 2007.

12. Иностранa имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXII, No. 2, 2014, pp. 1–322

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Мирољуб Лабус. – Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Три пута годишње. – Трећи број на енгл. језику. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade =
ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

НОВА ИЗДАЊА ЦЕНТРА ЗА ИЗДАВАШТВО И ИНФОРМИСАЊЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ, ЈУЛ–НОВЕМБАР 2014. ГОДИНЕ

Библиотека *Уџбеници*

Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, седмо измењено издање, 525 стр.
Дејан Поповић, *Пореско право*, једанаесто измењено издање, 564 стр.
Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, десето издање, 341 стр.
Драган Митровић, *Увод у право*, девето измењено и допуњено издање, 331 стр.
Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, прво издање, 391 стр.
Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, пето издање, 597 стр.
Слободан Панов, *Породично право*, пето издање, 408 стр.
Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, друго издање, 365 стр.
Жика Бујуклић, Римско приватно право, четврто издање, 432. стр.
Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, друго издање, 557 стр.
Мирослав Милошевић, *Римско право*, девето издање, 452 стр.

Библиотека *Приручници за полагање правосудног испита*

Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, девето измењено и допуњено издање, 639 стр.
Слободан Панов, *Породично право*, пето издање, 147 стр.

Библиотека *Монографије*

Татјана Јованић, *Процес регулације*, прво издање, 428 стр.
Милош Милошевић, *Незаконита евазија пореза на додату вредност*, прво издање, 334 стр.
Душан Поповић, *Регистрација назива интернет домена и право жига*, прво издање, 215 стр.
Саша Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логике: Социолошки метод у тумачењу и примени права*, прво издање, 195 стр.
Жика Бујуклић, *Правно уређење средњовековне будванске комуне*, прво издање, 313 стр.

Библиотека *Приручници*

Марина Јањић Комар, *Темељи цивилизације II логика релација*, прво издање, 26 стр.
Милена Полојац, Андреја Катанчевић, *Практикум за Римско право: Текстови и случајеви римских правника из стварног права (I)*, прво издање, 96 стр.

Библиотека *Реторика и антика*

Гинтер Штембергер, *Увод у Талмуд и мидраш*, 439 стр.

Библиотека *Коментари закона*

Ранко Соколовић, Никола Р. Соколовић, *Коментар Закона о безбедности саобраћаја на путевима (с примерима из судске праксе)*, прво издање, 583 стр.

Библиотека *Crimen*

Ђорђе Игњатовић, *Казнена реакција у Србији IV део*, прво издање, 302 стр.

Библиотека *Научна баштина Правног факултета*

Ђорђе Павловић, *О обвезностима и уговорима уопште*, 316 стр.
Божидар С. Марковић, *Право побијања изван стечаја*, 188 стр.

Библиотека *Светска правна баштина*

Мишел Тропер, *Правна теорија државе*, 362 стр.

Библиотека *Пословно право*

Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, прво издање, 522 стр.

Библиотека *Varia*

Приручник за припрему пријемног испита за школску 2015/2016, 205 стр.

Библиотека *Анали*

Уредник: Мирољуб Лабус, Часопис *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014. године, 272 стр.

У ОВОМ БРОЈУ: